Der Einfluß der sogenannten aufschiebenden Einreden des Erben auf den Eintritt des Verzuges.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Kurt Muskat,

Referendar,

z. Zt. Einj.-Freiw. Gefr. i. 4. Ndschl. Inf.-Reg. Nr. 51.

Breslau 1911.

Druck von P. Cohn, Königsplatz No. 3a.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.

Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite:

Einleitung: Die Streitfrage und ihre Entstehung 1

I. Teil. Die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben aus §§ 2014/15 BGB 4

A. Der Einredebegriff im geltenden Recht 4

1) in der ZPO 5

2) im BGB. 6

B. Die aufschiebenden Einreden des Erben insbesondere 8

1) Wortinterpretation der §§ 2014/15 BGB . . . 8

2) Die Stellung der Erbeneinreden im System des BGB 9

a) ihre Bedeutung in Ansehung der Verjährung (§ 202) 9

b) ihr Verhältnis zur aufschiebenden Einrede des Miterben (§ 2059). 12

3) Die Stellung der Erbeneinreden im System der ZPO (§§ 305, 782) 15

II. Teil. Die Grundsätze über den Verzug, angewendet auf die aufschiebenden Einreden des Erben 22

A) Fälligkeit als Voraussetzung des Verzuges (§ 284 BGB) 22

B) Das Nichtvorhandensein eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes als Verzugsausschliessungsgrund (§ 285 BGB). 25

III. Teil. Die praktischen Ergebnisse 29

A) Die Konsequenzen der bisherigen Meinung . . 30

B) Die Konsequenzen der neueren Meinung . . . 33

IV. Teil. Geschichtlicher Rückblick 36

I. Das frühere Recht 37

a) Der Ursprung des Dreimonatseinwands (BGB § 2014) 37

b) Der Ursprung der aufschiebenden Einrede aus § 2015 BGB 45

II. Die Materialien zum BGB 46

1) Der Teilentwurf des Redaktors und der Entwurf I. Lesung 46

2) Der Entwurf II. Lesung 49

a) Subkommission 49

b) Hauptkommission 54

c) Redaktionskommission 61

3) Denkschrift 66

4) Ergebnis 67

Schluss: Zusammenfassung 67

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0087

Einleitung.

Die Streitfrage und ihre Entstehung.

Das Erbrecht des BGB. enthält im Titel: „Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten" an letzter Stelle unter V. 4 Paragraphen — 2014 — 2017 — mit der im Gesetz in ähnlicher Fassung nicht wiederkehrenden Aufschrift: „Aufschiebende Einreden". Diese Vorschriften gewähren dem Erben, wofern er nicht bereits unbeschränkt haftet (§ 2016 Satz 1), das Recht, „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern", und zwar bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach Erbschaftsannahme bezw. nach Bestellung des Nachlaßpflegers (§ 201 7), jedoch nicht über die Inventarerrichtung hinaus. Das gleiche Weigerungsrecht steht dem Erben zu bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens, falls er ein solches binnen Jahresfrist seit Annahme der Erbschaft beantragt hat und der Antrag zugelassen ist (§ 2015). Mit diesen Rechtsbehelfen soll dem Erben auch nach Annahme der Erbschaft bezw. Verlust des Ausschlagsrechts ein vorläufiges Abwehrmittel gegen andrängende Nachlaßgläubiger gegeben werden. Vor Verlust des Ausschlagsrechts kann der Erbe wegen Nachlaßschulden überhaupt nicht verklagt werden (§ 1958 BGB.), und einen Prozeß, der gegen den Erblasser bereits anhängig war, braucht er nicht fortzusetzen (§ 239 Ziff. 5 ZPO.) Indessen wird er während der kurzen Überlegungsfrist von 6 Wochen (§ 1944 BGB.), nach deren Ablauf das Ausschlagsrecht von selbst verloren geht, oft nicht imstande sein, die erforderliche Übersicht über den Nachlaßbestand zu gewinnen und danach seine Maßnahmen zu treffen. Ihm zu diesem Behufe eine weitere Frist zu gewähren dienen die genannten Vorschriften. Sie geben dem Erben wirksame Rechtsbehelfe in die Hand, die Durchführung der Zwangsvoll-

streckung in den Nachlaß und in sein eigenes Vermögen vorläufig zu verhindern. Ob sie ihn auch gegen die Folgen des Verzuges schützen, soll in der vorliegenden Arbeit erörtert werden.

Es handelt sich um eine Frage, die schon im ersten Jahre der Geltung des BGB. auftauchte, aber erst viel später heftig umstritten wurde. Nach dem Abschluß der Kodifikation bestand[1]) zunächst allgemein und unwidersprochen die Auffassung, alle Einreden des BGB. — und demgemäß auch die hier in Rede stehenden — gewährten materielle Leistungsverweigerungsrechte. Sie hätten demzufolge verzughemmende Wirkungen. Als erster sprach Eccius[2]) — gelegentlich einer Beurteilung der zweiten Auflage von Böhm's Erbrecht — den aufschiebenden Einreden des Erben diese Bedeutung ab und verwies sie mit eingehender Begründung lediglich in den prozessualen Geltungsbereich der §§ 305, 782 ZPO. Er meinte, die legislatorische Absicht der Kommission 2. Lesung sei im Gesetz nicht genügend zum Ausdruck gebracht; jedenfalls führe der Ausschluß des Verzuges in der Praxis zu unhaltbaren Ergebnissen. Zunächst blieb Eccius' Anregung unberücksichtigt, insbesondere blieben mehrere im Jahre 1901 ergangene Entscheidungen des Kammergerichts[3]) bei der bisherigen Meinung. Erst als Eccius anläßlich einer Besprechung der dritten Auflage von Strohal's Erbrecht 1905 gegen Strohal seine früheren Darlegungen ergänzte[4]), schenkte man der Streitfrage die gebührende Beachtung. Noch im gleichen Jahre schlossen Herzfelder[5]), Fuchs[6]) und Müller[7]) sich der neuen Lehre an, die letzten beiden unter ausdrücklicher Berichtigung ihrer früheren Ansicht; Müller allerdings mit der wesentlichen Einschränkung, daß er den Charakter der Einreden

[1]) Im Anschluß an Protokolle V. S. 785—90 und Denkschrift S. 396/97.

[2]) Gruchot Bd. 44, S. 899 ff.

[3]) Rechtsprechung OLG. II, S. 388; III, S. 131, 434, 435.

[4]) Gruchot Bd. 49, S. 156, 157.

[5]) Staudinger, Komm. Bd. 5, (3/4. Aufl. 1909); DJZ. 05 S. 61, 62.

[6]) „Recht" 1905, S. 339, S. 425.

[7]) DJZ. 05 S. 685—87.

als materieller Leistungsverweigerungsrechte anerkannte und nur die verzughemmenden Wirkungen leugnete. Schließlich bekehrte sich auch Strohal[1])[2]).

Der weitaus größere Teil der Rechtsgelehrten ist jedoch auf dem bisherigen Standpunkte verblieben[3]).

In den letzten Jahren hat der Streit an Heftigkeit zugenommen. Während Engländer[4]) und besonders v. Winterfeld[5]) die Eccius'sche Auffassung mit Nachdruck bekämpften, ist diese wiederum von Utiewsky[6]) und Friedburg[7]) eingehend verteidigt worden.

Das Reichsgericht hat die Frage noch nicht entschieden[8]). Das Kammergericht vertritt in konstanter Judikatur die bisherige Meinung[9]); im übrigen ist auch die Praxis in zwei Lager getrennt[10]).

Eine erneute Prüfung der Streitfrage erscheint daher geboten.

Ihre Lösung ergibt sich einmal aus der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden und sodann aus den Grundsätzen des BGB. über den Verzug.

---

[1]) Bei Planck (3. Aufl. 1908).

[2]) Im übrigen vertreten die neue Auffassung (ohne eingehendere Begründung) noch Landsberg (Recht des BGB. 2. Bd. § 298), Nauenberg (Leipzig Diss. 1906) und Kretzschmar (Das Erbrecht des BGB. 1910).

[3]) So Binder, Cosack, Dernburg, Endemann, Henle (bei Fischer-Henle), Kipp, Kohler, Neumann, Planck, v. Tuhr.

[4]) Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger, Leipzig, Diss. 1906.

[5]) Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug. Leipzig, Diss. 1907.

[6]) Leipziger Diss. 1909.

[7]) Leipziger Diss. 1910.

[8]) Doch vertritt in der jüngst erschienenen von Reichsgerichtsräten kommentierten Ausgabe des BGB. (1910) RGR. Hoffmann die neue Auffassung.

[9]) Ob. S. 2 Anm. 3; ausserdem Rspr. OLG. 18, S. 318 (Urteil vom 10. XII. 1908)

[10]) Für die bisherige Meinung noch:
OLG. Breslau 31. III. 05 (Z. d. A. K. im OLG. bez. Breslau 05 S. 11).
Für die neue Lehre:
OLG. Marienwerder 25. V. 06 (Pos. Mtschr. 06, 97).
OLG. Jena, 27. I. 1908 (Naumburg A K. 08, 75).

I. Teil.

Die rechtliche Natur der aufschiebenden Einreden des Erben aus §§ 2014, 2015 BGB.

A. Der Einredebegriff im geltenden Recht.

Die Frage nach der rechtlichen Natur der aufschiebenden Einreden hat man in die Form gebracht: Sind die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 materiell-rechtlichen oder prozessualen Charakters?[1]) Wenngleich mir dies verfehlt erscheint, so ist doch darauf einzugehen, weil diese Art der Fragestellung allgemein üblich ist.

Fast scheint es, als sollte der Streit um die Rechtsnatur eines veralteten römisch-rechtlichen Institus, der exceptio, wieder aufleben. Und doch wissen wir heute,[2]) daß dieser „privat-rechtliche prozessuale Zwitter", den die gemeinrechtliche Doktrin so zäh festgehalten hatte, mit dem römischen Formualarprozesse stand und fiel. Die Reichszivilprozeßordnung vom 1. Oktober 1879 hatte denn auch die in der gemeinrechtlichen Theorie immer noch gebräuchliche exceptio ausgemerzt und durch die sachgemäßen Bezeichnungen „Einwendung" und „Einrede" ersetzt. Das BGB. aber hat dadurch, daß es die gleichen Benennungen für ganz andere Rechtsgebilde übernahm, von neuem Verwirrung geschaffen und zugleich auch der oben erwähnten irreführenden Fassung unserer Streitfrage Vorschub geleistet.

---

[1]) Vgl. hierzu besonders: Fischer, Recht und Rechtsschutz in Heft 6 der Beitr.; Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202; Friedenthal: Einwendung und Einrede; Hellwig: Anspruch und Klagrecht S. 8 ff.

[2]) Obschon es neuerdings von Wlassak (Der Ursprung der römischen Einrede, Festg. f. Leopold Pfaff, 1910) bezweifelt wird.

1) Einwendung und Einrede sind, daran kann kein Zweifel bestehen, an sich rein prozessuale Begriffe. Schon der Wortsinn deutet darauf hin. Nicht sowohl vorhandene Berechtigungen als vielmehr lediglich Behauptungen sollen zum Ausdruck gebracht werden. In diesem Sinne spricht auch die ZPO. von Einwendung und Einrede.

Die Einwendung der ZPO. als der weitere Begriff umfaßt Bemängelungen jeder Art, die im Prozesse vorgebracht werden (z. B. § 767 Abs. 2), also auch Bestreiten des Klagegrundes. Unter Einreden dagegen versteht die ZPO. alle diejenigen Einwendungen, welche trotz Vorhandenseins des Klagegrundes Abweisung der Klage oder wenigstens eine Modifikation der Verurteilung (so § 305 ZPO.)[1]) herbeizuführen geeignet sind. Eine Einrede im Sinne der ZPO. ist also vor allem die Einrede der Zahlung.

Daneben kennt die Prozeßordnung den Einredebegriff noch auf dem Gebiet der „mittelbar erheblichen" Behauptungen[2]): nämlich in Gestalt der Beweiseinrede (§§ 283, 350, 354 ZPO.) — gerichtet gegen die Zulässigkeit oder Bedeutung eines Beweismittels —, und der Prozeßeinrede, d. h. des selbständigen Vorbringens prozessualer Hinderungsgründe (z. B. Behauptung fehlender Vollmacht im Anwaltsprozeß, sofern diese auch später nicht nachgebracht wird, § 88 Abs. 1 ZPO.)[3]). Der Ausdruck „Prozeßeinrede" ist der ZPO. allerdings fremd. Dagegen verwendet sie in § 274f in einem beschränkteren Sinne die dem gemeinen Recht entlehnte Bezeichnung prozeßhindernde Einreden[4]). Diese Bezeichnung ist unzutreffend. Denn zum Teil sind die in § 274 Ziff. 1—7 aufgeführten sogenannten Einreden keine wirklichen Einreden, soweit nämlich der

---

[1]) In der ZPO. der einzige Fall. Doch tritt z. B. in den Fällen der §§ 273 ff, 320 ff BGB. die gleiche prozessuale Behandlung ein.

[2]) Fischer aaO. S. 98.

[3]) Friedenthal, aaO. S. 31. Im amtsgerichtlichen Verfahren ist der Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen. (§ 88 Abs. 2 ZPO.).

[4]) „Ein Beispiel verderblicher Übernahme veralteter Begriffe" (Fischer, aaO. S. 4, Anm. 3).

durch sie gerügte Mangel schon von Amtswegen zu berücksichtigen ist (z. B. Einrede der mangelnden Parteifähigkeit u.s.w. § 274 Ziff. 7, 56 ZPO.); ausserdem hindern aber die „prozeßhindernden" Einreden in keinem Falle den Beginn des Prozesses.

Jedenfalls sind aber auch die prozeßhindernden Einreden der ZPO. begrifflich nichts anderes als Behauptungen.

2) Hatte somit die ZPO. den Einredebegriff im wesentlichen richtig zur Anwendung gebracht, so war es von vornherein ein Fehler, dieses prozessuale Gebilde in das materielle Recht zu verpflanzen. Hier fallen unter jenen Begriff nicht mehr, wie im Prozeßrecht, Behauptungen, sondern Tatbestände, „deren wirkliches Bestehen angenommen wird, um gewisse Rechtswirkungen daran zu knüpfen".[1])

Das BGB. verwendet nämlich — ohne eine Definition zu geben[2]) — den Begriff der „Einrede" im Gegensatz zum „Anspruch" zur Bezeichnung gewisser selbständiger Gegenrechte, welche den in Anspruch genommenen von der Verpflichtung zur Leistung entbinden. Den Inhalt dieser Gegenrechte bildet also die Befugnis, „die geschuldete Leistung zu verweigern"[3]), und zwar entweder auf Zeit („vorübergehend") oder für immer („dauernd"). Nach dieser gesetzlichen Scheidung hat die Literatur die früheren Bezeichnungen „aufschiebende" und „zerstörende" Einreden beibehalten, während das Gesetz selbst, wie schon erwähnt, nur an einer Stelle, nämlich in der Überschrift zu §§ 2014, 2015, von „aufschiebenden Einreden" spricht. Die Einreden im

---

[1]) Friedenthal, aaO. S. 34.

[2]) Es findet sich nur eine einzige für alle Einreden geltende (überdies negative) Bestimmung in § 390, die Einrede der Verjährung ist hierbei wieder ausgenommen. Es existiert überhaupt „kein einziges rechtliches Merkmal, welches einerseits allen Einreden gemeinsam ist, und dieselben andererseits von anderen rechtlichen Gebilden unterscheidet". (Fischer, aaO. S. 108). Die Unhaltbarkeit der „Einrede" des BGB. dürfte schon damit erwiesen sein.

[3]) Dies die vom Gesetz häufig aber nicht durchgängig gebrauchte Terminologie. Beisp. b. Langheineken, Anspr. und Einr. S. 44, Anm. 4. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202.

technischen Sinne des BGB. haben mit den anderen Gegenrechten des BGB. — den Anfechtungs- und Aufrechnungsrechten — das gemein, daß der Berechtigte auf sie wirksam verzichten kann, und daß er sich andrerseits im Prozeß auf sie berufen muß, wenn der Richter sie berücksichtigen soll. Was insbesondere das peremptorische Einrederecht betrifft, so ist dieses nach Hellwig's überzeugenden Ausführungen nichts anderes als ein „Anfechtungsrecht in Beziehung auf einen Anspruch“ [1]). Beiden ist gemeinsam, daß durch sie der Anspruch mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. Die peremptorische Einrede verhindert also nicht blos die Durchsetzung des Anspruchs, sondern beseitigt sie. Der Unterschied gegenüber dem Anfechtungsrecht besteht darin, daß dieses die gesamte Rechtswirkung, die peremptorische Einrede dagegen nur den Anspruch des bestimmten Gläubigers gegen den bestimmten Schuldner aufhebt.

Im Gegensatz zu den zerstörenden Einreden beeinflusst die Geltendmachung einer aufschiebenden Einrede den Anspruch selbst in keiner Weise, sondern schiebt nur dessen Verwirklichung für eine gewisse Zeit hinaus.

Prozessual führen die aufschiebenden Einreden in der Regel ebenso wie die peremptorischen zur Abweisung der Klage. Wenn das Gesetz ausnahmsweise (§§ 274, 322; 2014, 2015 BGB. mit § 305 ZPO.) eine beschränkte Verurteilung des Beklagten statt der Abweisung der Klage als Folge des Vorbringens dilatorischer Einreden vorschreibt, so ändert dies, wie unten ausführlich erörtert werden soll, nichts am Wesen dieser Einreden als materieller Leistungsverweigerungsrechte.

Im Verhältnis zur „Einrede“ stellt sich die Einwendung des BGB. (z. B. §§ 334, 774) als der weitere Begriff dar. Sie umfasst jede Bemängelung eines beanspruchten Rechts als solche, mag diese nun materieller oder prozessualer Natur sein. Das Verhältnis beider Begriffe zu einander ist also ein ähnliches wie in der ZPO.

---

[1]) Hellwig aaO. S. 10.

Die Verwendung des rein prozessualen Einredebegriffs auch für das materielle Recht hat, nach einem treffenden Wort v. Tuhrs,[1]) zu einer bedauerlichen Zweideutigkeit der Terminologie geführt. Sie hat es verschuldet, daß der unhaltbare Begriff der „materiell-rechtlichen Einrede" geprägt und in Literatur und Rechtsprechung übernommen wurde. Wie nach den Motiven[2]) dieser Begriff „eine feste Kategorie gewähren" soll, „welche jeder Unklarheit vorbeugt", ist unverständlich. Die gesetzgebenden Faktoren hätten der warnenden Stimme Otto Fischer's[3]) folgen und, seinem Vorschlage gemäß, als Ersatz für Einrede die — u. a. auch von Friedenthal acceptierte — Bezeichnung „Gegenrecht", für Einwendung „rechtlichen Mangel" in das BGB. aufnehmen sollen. Stattdessen sind sie auf dem Standpunkt der Motive verblieben[4]).

Danach muß man also auch mit dem Begriff der Einrede im technischen Sinne des BGB. rechnen.

B. Die aufschiebenden Einreden des Erben insbesondere

I. Wortinterpretation der §§ 2014, 2015 BGB.

Die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. haben zum Inhalt das Recht des Erben, innerhalb bestimmter Fristen „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern".

Diese Ausdrucksweise weicht von der üblichen Terminologie des Gesetzes: „Recht, die Bewirkung der Leistung zu verweigern" ab. Indessen ist es verfehlt, wenn Eccius und seine Anhänger hierauf die Ansicht stützen, es sei in diesen Vorschriften kein echtes Leistungsverweigerungsrecht zum Ausdruck gebracht[5]). Es ist nicht recht einzusehen,

---

[1]) Allgem. Teil d. B. R. in Bindings Handb. X, 1. I, 1910.

[2]) Mot I, S. 342.

[3]) Bei der Kritik d. I. Entwurfs in den Beiträgen aaO.

[4]) In zweiter Lesung allerdings nur mit Stimmengleichheit.

[5]) Gruchot Bd. 44, S. 899 a. E.; 49, 156, 157 a. E. Herzfelder DJZ. 05, S. 62; Fuchs, Recht 05, S. 339; Utiewsky, aaO. S. 37 ff.

worin der sachlich erhebliche Unterschied zwischen beiden Wendungen liegen soll. Keinesfalls aber wird man ernstlich behaupten wollen, daß zwischen den Wendungen „Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern" und „Recht, die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers zu verweigern" irgend welche sachliche Verschiedenheit obwaltet[1]). Die letztere Ausdrucksweise findet sich nun aber zur Bezeichnung von Leistungsverweigerungsrechten fast durchgängig[2]) im ganzen Erbrecht[3]). Übrigens möchte ich auch auf § 2145 Abs. 2 hinweisen, der, entsprechend der Ausdrucksweise der §§ 2014, 2015 (und des § 2059), dem Vorerben das Recht gewährt „die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten .... (zu) verweigern .....".

Die Fassung der §§ 2014, 2015 enthält also keine Besonderheit, sondern bringt, will man dem Wortlaut keinen Zwang antun, ebenso wie die Wendungen „Recht die Bewirkung der Leistung zu verweigern" und „Recht die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers zu verweigern" echte materielle Leistungsverweigerungsrechte zum Ausdruck.

Dieses Ergebnis wird durch die Überschrift der §§ 2014 ff. bestätigt. Aus der Bezeichnung „aufschiebende Einreden" geht deutlich hervor, daß hier wie überall, wo das BGB. von Einreden spricht, nur Leistungsverweigerungsrechte im oben dargelegten Sinne gemeint sind[4]).

2. Die Stellung der Erbeneinreden im System des BGB.

a) Ihre Bedeutung in Ansehung der Verjährung (§ 202).

Das BGB. kennt ausser den Einreden aus §§ 2014, 2015 noch eine Reihe anderer aufschiebender Einreden, Die wich-

---

[1]) Wie Utiewsky (S. 40) gegenüber den von Engländer (cf. Note 3) angeführten zahlreichen Gesetzesstellen noch immer die Besonderheit der Ausdrucksweise in §§ 2014, 2015 betonen kann, ist unerfindlich.

[2]) Einzig in § 2083 heißt es: ..... kann der Beschwerte die Leistung verweigern.

[3]) Vgl. OLG. Breslau 31. III. 05 und die ausführliche (wenn auch nicht erschöpfende) Zusammenstellung der einschlägigen Paragraphen bei Engländer (S. 30, 31).

[4]) So auch KG. 10. XII. 1908. (Rspr. OLG. 18, S. 318).

tigsten von ihnen[1]) sind im § 202 Abs. 2 aufgeführt. Es sind dies die Einreden des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 274, 1000), des nichterfüllten Vertrages (§§ 320 ff), der mangelnden Sicherheitsleistung (§§ 258 Satz 2, 321, 509, 811 Abs. 2), der Vorausklage (§§ 771 ff), der „Anfechtbarkeit und Aufrechenbarkeit der Hauptverbindlichkeit“[2]) (§ 770). Diesen Einreden ist zugleich mit den aufschiebenden Einreden des Erben die Wirkung beigelegt, daß sie — entgegen der Regel des § 202 Abs. 1 — die Verjährung nicht hemmen[3]).

Die Verjährung läuft also trotz der Einreden gegen die Gläubiger weiter (§ 205 BGB.) Daß man die wichtigsten aufschiebenden Einreden von der Regel des § 202 Abs. 1 ausgenommen hat, beruht meistens darauf, daß der Gläubiger imstande oder gar verpflichtet ist, die Einrede zu beseitigen, daß also kein Grund besteht, den von der Einrede betroffenen Zeitraum in die Verjährungsfrist nicht einzurechnen[4]). Hiervon kann allerdings bei den Einreden aus §§ 2014, 2015 keine Rede sein. Vielmehr sind sie nach den Protokollen II. Lesung[5]) deshalb unter die erwähnten

---

[1]) Nach Friedenthal (S. 42) sogar die einzigen; jedoch hat Langheineken (S. 292) zutreffend noch eine Anzahl weiterer aufschiebender Einreden im BGB. festgestellt.

[2]) Friedenthal, aaO. S. 39.

[3]) Die Verjährung, die ja selbst eine zerstörende Einrede schafft (§ 222) — allerdings von bedeutend abgeschwächter Wirkung (Fischer-Henle Anm. 2 zu § 222, Friedenthal, S. 51 ff) — wird durch zerstörende Einreden nie gehemmt. Die Frage war in der Wissenschaft bestritten; noch der Entwurf I (§ 162) hatte sie bejaht (cf. Planck I, Anm. 2 zu § 202). Indessen bemerkten schon die Motive (I, S. 313, 314), der Verpflichtete werde dem Anspruch kaum eine zerstörende Einrede entgegensetzen, wenn ihm daneben noch die in der Regel leichter zu beweisende Einrede der Verjährung zur Seite stünde; der Berechtigte aber werde sich hüten, der Einrede der Verjährung mit der Behauptung und dem Zugeständnisse zu begegnen, daß der Verpflichtete eine (andere) zerstörende Einrede habe (durch welche die Verjährung gehemmt sei). Der Entwurf II (Prot. I. S. 216) strich die zerstörenden Einreden aus jenem Paragraphen. So auch BGB. § 202. —

[4]) Planck I, S. 344 No. 3 im Anschluß an Mot. I, S. 314.

[5]) Protokolle VI, S. 383 No. 5.

Ausnahmen aufgenommen worden, weil sie den Gläubiger nicht hindern, den Erben zu verklagen und dessen Verurteilung herbeizuführen.

Was aber folgt daraus? Sicherlich nicht, was Eccius[1]) und Herzfelder[2]) annehmen, daß die Einreden aus §§ 2014, 2015 nicht echte aufschiebende Einreden seien. Es ist doch ein merkwürdiger Trugschluß, daß, weil sonst eine aufschiebende Einrede die Verjährung hemmt, der Ausschluß der Hemmung bei den Einreden aus §§ 2014, 2015 diese des Charakters der aufschiebenden Einreden entkleiden soll. Gerade das Gegenteil trifft zu. Wenn nach Abs. 1 des § 202 die Verjährung gehemmt ist, solange der Verpflichtete „vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist", und im Abs. 2 bestimmt ist, daß diese Vorschrift auf die Erbeneinreden keine Anwendung findet, so stehen doch diese beiden Absätze zweifellos im Verhältnis der Regel zur Ausnahme. D. h. also: Obgleich auch der Erbe nach §§ 2014, 2015 zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, hemmt ausnahmsweise dieses Recht die Verjährung nicht. Es wäre ja geradezu sinnlos, die Erbeneinreden in einer bestimmten Beziehung als Ausnahme von aufschiebenden Einreden hinzustellen, wenn sie selbst des Charakters einer aufschiebenden Einrede entbehrten.

Der Trugschluß greift aber noch weiter. Wären nämlich die Erbeneinreden keine echten aufschiebenden, so müßte dasselbe doch auch von allen anderen im § 202 Abs. 2 aufgeführten Einreden gelten[3]) Das aber behaupten Eccius und Herzfelder selbst nicht. Allerdings spricht Hölder[4]) den ersten drei Einreden des § 202 Abs. 2 und Endemann[5]) wenigstens der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes den Charakter aufschiebender Einreden ab, und Ufiewsky[6]) schließt sich ihnen ohne nähere Begründung an. Aber

---

[1]) Gruch. Bd. 44, S. 899.
[2]) Kommentar, S. 252.
[3]) Vgl. Winterfeld, S. 21 ff.
[4]) In Busch's Ztschr. Bd. 29, S. 79.
[5]) Lehrb. I. § 88 Anm. 46, § 146 Anm. 21.
[6]) S. 30 ff.

könnte man selbst dieser vereinzelten Auffassung[1]) beipflichten, so bleibt doch im Hinblick auf die übrigen Einreden des § 202 Abs. 2 der von Eccius und Herzfelder vertretene Standpunkt unhaltbar; daß diese letztgenannten Einreden echte aufschiebende sind, ist auch in der ganzen Literatur unbestritten.

Gerade aus der Zusammenstellung der Einreden des Erben und einer Anzahl anderer zweifellos aufschiebender Einreden in § 202 Abs. 2 BGB. erhellt, daß allen die gleiche Rechtsnatur innewohnt.

b) Ihr Verhältnis zur aufschiebenden Einrede des Miterben. (§ 2059 BGB.)

Eine weitere aufschiebende Einrede, die einen Schlüssel zur Lösung unserer Frage bietet, enthält § 2059 Abs. I, Satz 1 BGB. Danach kann jeder Miterbe die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Vermögen, das er ausser seinem Anteil an dem Nachlasse hat, verweigern. Es ist interessant zu beobachten, wie bei der Erforschung der Natur dieses Rechts des Miterben Freund und Feind in das entgegengesetzte Lager übergehen. Winterfeld[2]), der so entschieden für die materielle Natur der Einreden aus § 2014, 2015 eintritt, hält die Einrede des Miterben aus § 2059 für prozessual und wirft Herzfelder[3]) der umgekehrt den materiellen Charakter der letztgenannten Einrede unterstellt, Inkonsequenz vor. Als ob er nicht mindestens die gleiche Inkonsequenz beginge!

Es unterliegt m. E. keinem begründeten Zweifel, daß auch § 2059 ein materielles Leistungsverweigerungsrecht gewährt.

---

[1]) Dagegen z. B. Dernburg, II, 1 § 58, I, 1. § 93, III.
Cosack, I § 74c, I, 1, § 86.
Planck, II Anm. 1 zu § 274, Anm. 1 zu § 322.
Oertmann, Not. 5 zu § 273, Not. 1 u. 3 zu § 320.

[2]) S. 23, 24.

[3]) Komm. zu § 2059.

Die Vorschrift stellt sich als eine Ausnahme von dem Prinzip des § 2058 dar, wonach die Erben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften — eines Prinzips, von dem wohl niemand behaupten wird, daß es eine andere als materielle Bedeutung habe. Ebenso enthält der die Haftung des Miterben nach der Teilung regelnde § 2060 unbestritten eine rein materielle Vorschrift. Es wäre nun kaum zu verstehen, wie sich zwischen diese beiden materiellen Bestimmungen eine prozessuale eingeschlichen haben sollte.

Die Gründe, die für die prozessuale Natur der Miterbeneinrede geltend gemacht werden, sind nicht stichhaltig.

Sie gipfeln darin, „daß diese Einrede nicht nur im Prozeß die Verurteilung des Miterben nicht verhindere, sondern auch den Gläubigern gar keine Schranken setze, die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu betreiben, und daß die Einrede erst entstehe, wenn sich der Nachlaßgläubiger aus dem Privatvermögen des Erben befriedigen wolle. Daraus folge, daß diese Einrede lediglich den Umfang der Vollstreckung, nicht aber den Klageanspruch selbst berühre“ [1]). In der Entscheidung des OLG. Dresdens [2]) wird insbesondere noch ausgeführt, daß, wenn die Erben nach dem Erlaß des Urteils die Erbschaft teilen, dem Gläubiger die Möglichkeit der Vollstreckung ins Privatvermögen des verurteilten Erben fehle. Eccius [3]) endlich macht geltend, daß die Einrede sich nicht gegen die Verurteilung im Rechtsstreit richte, sondern den Umfang der Mittel betreffe, die zur Zwangsvollstreckung für den durch Urteil festgestellten Anspruch heranzuziehen sind.

Das letztere Argument dürfte schon durch den Hinweis auf die dingliche Hypothekenklage sich erledigen, die ja auch darauf abzielt, daß im Urteil der Umfang der zur Zwangsvollstreckung heranzuziehenden Mittel, nämlich des bestimmten Grundstücks, festgestellt werde. Noch näher

---

[1]) Vgl. Winterfeld, aaO. S. 23 und die dort Zitierten.
[2]) Rspr. OLG. IV, S. 120 ff.
[3]) Eccius, Gruch. 43, 816.

liegt der Hinweis auf den in § 780 Abs. 1 ZPO. allgemein vorgeschriebenen Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung im Urteil. Hier wie dort bestimmt das Urteil nicht blos die Art der Vollstreckung, sondern beschränkt den Anspruch selbst. Der Hypothekengläubiger, der ohne Beschränkung auf das Grundstück gegen den nur dinglich behafteten Schuldner die Hypothek einklagt, fordert zuviel; und der Nachlaßgläubiger, der den nur beschränkt haftenden Erben unbeschränkt in Anspruch nimmt, fordert ebenfalls zuviel. Nicht anders verhält es sich mit dem Nachlaßgläubiger, der vor der Nachlaßteilung einen von mehreren Miterben, der die beschränkte Haftung noch nicht verwirkt hat, unbeschränkt wegen der ganzen Nachlaßforderung verklagt. Seinem Anspruch steht das Leistungsverweigerungsrecht des Miterben aus § 2059 Abs. 1 entgegen. Und auch diese Beschränkung der Haftung ist bereits im Urteil festzustellen; denn die Fassung des § 780 Abs. 1 ZPO.: „Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist“ deckt auch den hier vorliegenden Fall. Es ist also nicht richtig, daß die Einrede lediglich den Umfang der Vollstreckung, nicht den Klageanspruch selbst berühre.

Gegenüber dem Urteile des OLG. Dresden wäre noch zu betonen, daß die Möglichkeit einer Benachteiligung des Gläubigers nicht bestimmend sein kann für die rechtliche Natur der Einrede.

Für den Gläubiger ist übrigens genügend gesorgt. In dem von Herzfelder vorausgesetzten Falle, daß die Nachlaßforderung 30000 Mk., der Wert der Erbschaft 12000 Mk. beträgt und 3 zu gleichen Teilen eingesetzte Erben vorhanden sind, würde, wenn der Erbe A auf Zahlung der ganzen 30000 Mk. belangt würde, das Urteil auf Grund seiner Einrede aus § 2059 in der Hauptsache etwa dahin zu lauten haben: A wird verurteilt, an den Kläger 30000 Mk. aus seinem Anteil an dem Nachlasse des X zu zahlen. Der Gläubiger ist alsdann in der Lage, gemäß § 859 Abs. 2 ZPO. den Anteil des Beklagten am Nachlasse pfänden und

sich überweisen zu lassen; so kann er an Stelle des verurteilten Erben die Auseinandersetzung mit dessen Miterben betreiben und wenigstens zu einer teilweisen Befriedigung gelangen.

Die aufschiebende Einrede des Miterben aus § 2059 BGB. bietet also gerade einen weiteren Beweis dafür, daß auch das in den §§ 2014, 2015 den Erben gewährte Recht, die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten zu verweigern, nichts anderes als ein echtes materielles Leistungsverweigerungsrecht ist.

3. Die Stellung der Erbeneinreden im System der ZPO. (§§ 305, 782 ZPO.)

Bisher haben wir nur die einschlägigen Bestimmungen des BGB. betrachtet. Aber auch die ZPO. enthält in den §§ 305 und 782 besondere Vorschriften über die dem Erben nach §§ 2014/15 BGB. zustehenden Einreden.

§ 305 bestimmt, daß durch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. eine unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen wird; nach § 782 kann der Erbe auf Grund der Einreden nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind.

Diesen Vorschriften messen Eccius und seine Anhänger eine weitgehende Einwirkung auf das materielle Recht bei. Die Bedeutung der Erbeneinreden werde überhaupt erst durch §§ 305, 782 ZPO. klar gestellt.

Hören wir die Gegner selbst: Eccius[1]: „Die Einrede ist ..... für die Verhandlung des Rechtsstreites selbst ohne jede Bedeutung ..... Kraft des Rechts kann der Erbe nur — also schlechthin nichts anderes als das eine — verlangen, daß die Zwangsvollstreckung auf Arrestmaßregeln beschränkt

---

[1]) Gr. 43, 607; fast gleichlautend Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 379 Anm. 20.

werde“ ..... Fuchs[1]): „Der Standpunkt (der früheren Meinung) wäre vielleicht unangreifbar, wenn nicht die Vorschriften der §§ 305, 782 ZPO. wären ..... Die Einreden .... sind nicht etwas, was den Anspruch des Gläubigers als solchen berührt, nicht etwas, das dessen Geltendmachung berührt, sie berühren vielmehr nur die Art der Vollstreckung des Anspruchs .... “ Strohal[2]): „Die §§ 305, 782 ZPO..... sind offenbar so gedacht, daß die aufschiebenden Einreden der §§ 2014/15 auf die Entscheidung der Frage, wozu der Erbe auf die vom Nachlaßgläubiger erhobene Klage hin zu verurteilen ist, überhaupt keinen Einfluß haben sollen, ... so daß der Erbe auf Grund derselben in Übereinstimmung mit dem Entwurf I nur die in § 782 ZPO. bestimmte Einschränkung der Zwangsvollstreckung verlangen kann“. Herzfelder[3]): „Der Anspruch des Gläubigers auf Leistung bleibt unberührt, diesem Anspruche selbst steht keine Einrede entgegen ..... Die Fassung der §§ 2014/15 (erscheint) im Hinblick auf die §§ 305, 782 ZPO. völlig belanglos .... “

Es erscheint von vornherein bedenklich, Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Prozeßordnung klar zu stellen. Jedes Gesetz muß aus sich selbst heraus interpretiert werden. Gewiß enthält die ZPO. nicht nur prozeßrechtliche, das BGB. nicht nur materiell-rechtliche Normen[4]), und es ist somit nicht ausgeschlossen, daß Vorschriften des einen Gesetzes das andere ergänzen. Die Möglichkeit aber, daß beide Gesetze sich widersprächen, ist schon deswegen von der Hand zu weisen, weil sie gleichzeitig in Kraft getreten sind. Wenn es sich auch bei der ZPO. von 1900 nur um eine Umarbeitung der ZPO. von 1877 handelt, so sind doch gerade die hier in Betracht kommenden Vorschriften ganz neue, auf das BGB. zugeschnittene.

In Wahrheit steht aber auch die in § 305 ZPO. zugelassene Verurteilung des Erben durchaus nicht, wie

---

[1]) Recht, 05, S. 339.
[2]) Bei Planck, V, S. 205/6.
[3]) Komm. S. 252 a. E.; DJZ. 05 S. 61/62.
[4]) Vgl. Engländer, aaO S. 32

Eccius[1]) und Fuchs[2]) annehmen, im Widerspruch zu dem in §§ 2014/15 BGB dem Erben gewährten Leistungsverweigerungsrecht. Die „Gesetze des logischen Denkens" würden nur einer unbeschränkten Verurteilung zur Leistung entgegenstehen. Um eine solche handelt es sich aber nicht, vielmehr schreibt § 305 ausdrücklich vor, daß das Urteil unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung zu erlassen ist. Man kann ja nun zweifeln, wie das Gesetz sich diesen Vorbehalt gedacht hat: Ob nämlich der allgemeine Vorbehalt der Haftungsbeschränkung (§ 780 ZPO), den jeder beschränkt haftende Erbe verlangen kann (BGB §§ 1990, 1992, 1989, 1973, 1974), genügt, oder ob unter dem im § 305 bezeichneten Vorbehalt zu verstehen ist Vorbehalt der Geltendmachung der Einreden mit der im § 782 ZPO bestimmten Wirkung. Wie man aber den Vorbehalt im Urteil auch fassen möge — jedenfalls genügt er, um den Erben vor sofortiger Erzwingung der Leistung zu schützen.

Einen schlagenden Beweis dafür, daß trotz Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechts eine modifizierte Verurteilung wohl möglich ist, bietet weiterhin die unserem Fall analoge prozessuale Behandlung der Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages. Auch die Geltendmachung dieser Einreden hat „nur die Wirkung, daß der Schuldner ..... zu verurteilen ist", hier allerdings „zur Erfüllung Zug um Zug" (§§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB.). Die Parallele — Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug — Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung — liegt auf der Hand: Hier wie dort handelt es sich um eine zu Gunsten des Schuldners erfolgende Modifikation der Verurteilung — als die Wirkung der geltend gemachten „Einreden". Nimmt nun etwa die Zulässigkeit der Verurteilung den Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages ihre Bedeutung als ma-

---

[1]) Gruch. 49, 157. „Jedes Recht der Leistungsverweigerung muß nach den Gesetzen des logischen Denkens zur Abweisung eines trotzdem erhobenen Anspruchs führen".

[2]) Recht 05, S. 339.

terieller Leistungsverweigerungsrechte? Keineswegs[1]). Einmal ist der Charakter dieser Einreden durch den Wortlaut der §§ 273, 320, 322 einwandfrei festgestellt, in dem es ausdrücklich „Recht, die Leistung zu verweigern" heißt; als materielle Leistungsverweigerungsrechte aber bestehen sie unabhängig von jedem Rechtsstreit. Doch auch im Prozeß läßt jene Anweisung an den Richter, trotz der Einreden zu verurteilen, den Bestand des Einrederechts unberührt; dieses wirkt vielmehr noch im Stadium der Zwangsvollstreckung, wo der Gläubiger[2]) seinen Anspruch nur dann verwirklichen kann, wenn er seinerseits (durch den Gerichtsvollzieher) dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hat (§ 756 ZPO)[3]). Die Bedeutung des Gegenrechts zeigt sich auch darin, daß — analog dem Falle der §§ 2014 15 mit 305 ZPO — den Schuldner, der, vorbehaltlich eben dieses Gegenrechts, den klägerischen Anspruch sofort anerkennt, auch die Kosten nicht treffen[4]).

Hätten endlich die Erbeneinreden, wie die Gegner meinen, nur in der Zwangsvollstreckungsinstanz Bedeutung, dann wäre es selbstverständlich, daß sie die Verurteilung nicht hinderten. Einer besonderen Vorschrift in § 305 hätte es also nicht erst bedurft. —

Im § 782 normiert die ZPO nur die Wirkungen der Zwangsvollstreckung. Welche sonstigen Wirkungen die aufschiebenden Einreden des Erben nach dem BGB haben, läßt die ZPO unberührt. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung haben die Erbeneinreden freilich keine andere Wirkung als die, daß der Erbe für die Dauer der in §§ 2014/15 BGB bestimmten Fristen die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf Arrestmaßregeln verlangen kann. Die gesetzgebenden Faktoren wären ganz unsystematisch zu Werke gegangen, hätten sie in diesem Titel, der ausschließ-

[1]) Ausser von Endemann auch durchweg anerkannt.

[2]) Falls der Schuldner nicht bereits im Annahmeverzug ist (§ 274 Abs. 2 BGB.)

[3]) Cfr. auch BGB § 298, ZPO §§ 726 Abs. 2, 765.

[4]) Cfr. Gaupp-Stein, IV zu § 305, II zu § 93.

lich von der Zwangsvollstreckung handelt, andere Wirkungen der Erbeneinreden — z. B. ihren Einfluß auf den Eintritt des Verzuges! — ausschließen wollen. Wenn es also heißt: Der Erbe kann auf Grund der Einreden nur verlangen ..... so ist das Wörtchen „nur" an dieser Stelle ganz am Platze [1]). Welchen Zweck hätte es überhaupt gehabt dem Erben materielle Leistungsverweigerungsrechte zu geben, wenn der Erbe zur Zahlung verpflichtet sein und nur von der Durchführung der Zwangsvollstreckung verschont bleiben sollte? [2]).

Überdies lehrt wiederum ein Blick auf die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nichterfüllten Vertrages, daß es auch dort wörtlich heißt: „Die Geltendmachung (der Einreden) ..... hat nur die Wirkung .....", ohne daß diese Einschränkung irgendwelchen Einfluß auf den Charakter dieser Leistungsverweigerungsrechte ausübte [3]).

Strohal [4]) hat geltend gemacht: „Die aufschiebenden Einreden sollen den Erben nicht nur schützen, wenn er wegen einer Nachlaßverbindlichkeit verklagt wird, sondern in gleicher Weise auch dann, wenn auf Grund eines von einem Gläubiger bereits gegen den Erblasser erlangten Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung gegen den Erben begonnen oder fortgesetzt werden soll ..... In diesen Fällen ist es aber mit Rücksicht auf § 782 ZPO ganz zweifellos, daß der Erbe auf Grund der aufschiebenden Einreden der §§ 2014/15 nur verlangen kann, daß die Zwangsvollstreckung ..... beschränkt wird. ....." Das alles ist unzweifelhaft richtig — aber trifft es denn den Kernpunkt der Sache? Der Erblasser war verurteilt; wir befinden uns also bereits im Stadium der Zwangsvollstreckung. Der Erbe hat in diesem besonderen Falle nur noch das Recht aus § 782 — weil eben die aufschiebenden Einreden im Rahmen der Zwangsvollstreckung nur diese Wirkung haben. Die Verzugsfrage aber kann, nach Winterfelds [5]) treffendem Wort, hier überhaupt nicht mehr akut werden.

[1]) Cf. auch KG 18. IV. 01. (OLG II, 388).
[2]) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil des BGB in Bindings Handb. X, 1, I, S. 308.
[3]) Winterfeld, S. 18/19 aaO.
[4]) Bei Planck V. S. 205; ihm blindlings folgend Utiewsky.
[5]) aaO. S. 19.

Ähnlich ist die Gestaltung bei einem weiteren von Strohal gebrachten Falle: Wenn der Nachlaßgläubiger nach Ablauf der Dreimonatsfrist, aber noch bevor der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger gestellt habe, auf Grund des Leistungsverzuges des Erben Ansprüche geltend mache, so komme diesem die Einrede des § 2014 nicht mehr und die des § 2015 noch nicht zu statten. Zweifellos; aber auch hier hat eben der Erbe gar nicht mehr bezw. noch nicht die Möglichkeit, ein materielles Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen! Er gerät infolgedessen auch hier in Verzug. Beantragt er späterhin das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und macht er nun die Einrede aus § 2015 geltend — wozu er ja in der Lage ist, falls das Urteil den Vorbehalt der beschränkten Haftung enthält — so kann er naturgemäß wie oben nur mehr verlangen, daß die Zwangsvollstreckung gemäß § 782 ZPO beschränkt werde; nicht etwa, daß die eingetretenen Verzugsfolgen „nach rückwärts hin als nicht eingetreten anzusehen seien".

Es sind also wohl Fälle möglich, in denen der Erbe nur das in § 782 ZPO Bestimmte verlangen kann. Diese Ausnahmefälle aber haben mit der Verzugsfrage nicht das mindeste zu schaffen und entbehren durchaus der ihnen von Strohal involvierten Beweiskraft [1]).

Herzfelder führt noch den § 783 ZPO ins Feld, wonach der beschränkt haftende Erbe in Ansehung der Nachlaßgegenstände die Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach § 782 auch gegenüber den Gläubigern verlangen kann, die nicht Nachlaßgläubiger sind, und bemerkt hierzu [2]): „Da § 783 ZPO dem Erben ein (wenn auch gegenständlich beschränktes, so doch) inhaltlich völlig gleiches Recht gibt wie § 782, müßte die herrschende [3]) Meinung, was sie sicherlich ablehnt, auch den persönlichen Gläubigern des Erben gegenüber dessen Verzug für

[1]) Die Unzulänglichkeit seiner Beweisführung scheint Strohal selbst nicht entgangen zu sein — spricht er doch bei alledem den aufschiebenden Einreden den „zivilrechtlichen Charakter" nicht völlig ab!

[2]) Komm. S. 253 u. Anm. 3.

[3]) Hier vertretene.

die Dauer der Fristen der §§ 2014/15 ausschliessen". Zu einer solchen Folgerung gelangt man nur, wenn man die Bedeutung dieser rein prozessualen Bestimmung verkennt. Seinen persönlichen Gläubigern kann der Erbe überhaupt kein materielles Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten. Es handelt sich vielmehr in § 783 ebenso wie in § 782 nur um ein Widerspruchsrecht gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung[1]).

Die sinngemässe Auslegung des § 782 ZPO kann also nur dahin gehen: Die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben aus dem BGB (§§ 2014/15) hat in der Zwangsvollstreckungsinstanz nur die in § 782 ZPO bestimmte Wirkung.

Es erscheint hiernach zweifellos, daß die aufschiebenden Einreden des Erben nicht nur prozessuale Bedeutung haben. Sie stellen sich vielmehr, unabhängig von den Wirkungen, welche sie im Rahmen der Zwangsvollstreckung äussern, als echte materielle Leistungsverweigerungsrechte dar.

Damit ist auch die Frage nach dem Einfluß der Einreden auf den Eintritt des Verzuges beantwortet. Aus dem Wesen eines materiellen Leistungsverweigerungsrechts ergibt sich nach allgemeiner Ansicht[2]) als unausbleibliche Folge der Ausschluß des Verzuges. Die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014/15 BGB sind materielle Leistungsverweigerungsrechte — also hindern sie den Verzug der Erben.

[1]) Cf. Gaupp-Stein zu § 305, II Anm. 7.

[2]) Einzig Müller (DJZ. 05, S. 685—87) verficht die ganz unhaltbare Auffassung, die aufschiebenden Einreden seien materielle Leistungsverweigerungsrechte und hinderten doch nicht den Verzug. Müller geht zur Begründung seiner Ansicht von dem Unterschied aus von „Schuld" und „Haftung" und kommt zu dem Ergebnis, die Gewährung des Verweigerungsrechts betreffe nur die persönliche Verpflichtung des Erben zur Erfüllung, d. h. die Frage der Schuld: Der Erbe hafte, aber schulde nicht, solange die Fristen für ihn liefen und er von den Einreden Gebrauch mache. Dann ist aber folgerichtig, wie Fuchs (R. 05, S. 425) in längerer Polemik nachweist, auch Eintritt des Verzuges ausgeschlossen, denn in Verzug kann eben nur der Schuldner geraten. Müllers Theorie ist auch von allen Seiten abgelehnt worden (cf. ausser Fuchs bes. Engländer S. 34 ff; Winterfeld S. 42/43; Utiewsky, S. 43 ff; Friedburg S. 56. ff).

II. Teil.

Die Grundsätze über den Verzug, angewendet auf die aufschiebenden Einreden des Erben.

Unabhängig von der Frage nach der Rechtsnatur der aufschiebenden Einreden des Erben ist nunmehr der Einfluß dieser Einreden auf den Eintritt des Verzuges nach den gesetzlichen Grundsätzen über den Verzug zu prüfen.

Nach § 284 BGB setzt der Verzug a) Mahnung, b) Fälligkeit voraus. § 285 bestimmt ferner, daß der Schuldner nicht in Verzug kommt, so lange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Der Gläubiger hat also nur die zu a) und b) genannten Voraussetzungen des Verzuges, der Schuldner den in § 285 enthaltenen Verzugsausschließungsgrund zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen.

A. Fälligkeit als Voraussetzung des Verzuges. (§ 284 BGB.)

Die erste Frage ist, ob die aufschiebenden Einreden des Erben die Fälligkeit der Nachlaßforderung beeinflussen.

Die Meinungen hierüber sind sehr geteilt. Die einen[1]) bejahen die Frage mit der Begründung, daß jede aufschiebende Einrede ohne weiteres die Fälligkeit hinausschiebe. Andere[2]) verneinen sie und leugnen eben des-

[1]) Planck II § 284 Anm. 3, 7e; V S. 209; Dernburg, II, 1 § 71, II, I; V, § 186, VI „Das Erbenmoratorium"; Langheineken, S. 355/56; Engländer, S. 36; KG. u. OLG. Breslau in den oben zit. Entsch.

[2]) Eccius, Gr. 44. S. 899 ff, 49, S. 156/57; Herzfelder, Komm. V, S. 253; DJZ. 05, S. 61; Strohal bei Planck V, Anm. 6 zu §§ 2014, 2015; Utiewsky, S. 12 ff.

halb, weil durch die Erbeneinreden die Fälligkeit nicht hinausgeschoben werde, den echten dilatorischen Charakter dieser Einreden. Von einem dritten Standpunkte aus[1]) leugnet man die Voraussetzung dieser beiden extremen Ansichten — daß nämlich jede aufschiebende Einrede die Fälligkeit hinausschiebe — und spricht jenen Erbeneinreden, ohne ihren Charakter als Leistungsverweigerungsrechte zu bezweifeln, jeden Einfluß auf die Fälligkeit ab. Die Vertreter des letzten Standpunkts begründen diesen im wesentlichen damit, daß trotz der aufschiebenden Einreden eine Verurteilung des Erben erfolgen kann. Sie verweisen ferner auf die Parallele mit den Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages (§§ 274, 322 BGB), die gleichfalls, und zwar eben auch wegen der Zulässigkeit der Verurteilung des Schuldners, den Eintritt der Fälligkeit nicht hinderten.

Ich bin mit Dernburg der Meinung, daß die Erbeneinreden die Fälligkeit hinausschieben bezw. die dem Erblasser gegenüber bereits eingetretene Fälligkeit wieder aufheben.

Handelt es sich, wie oben dargelegt, um echte Leistungsverweigerungsrechte, so ist mit ihnen der Eintritt bezw. die Fortdauer der Fälligkeit unvereinbar. Denn die Fälligkeit ist ja nichts anderes als die Verpflichtung des Schuldners zu sofortiger Leistung. Der Erbe braucht aber eben nicht sofort zu leisten, sondern erst nach Ablauf der bestimmten Fristen; der Gläubiger kann nicht sofort Leistung, sondern nach § 782 ZPO nur Sicherung verlangen.

Die Parallele mit den Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nichterfüllten Vertrages trifft hier nicht zu. Freilich wird auch bei diesen die Leistungspflicht des Schuldners bis zum Empfang der Gegenleistung hinausgeschoben; aber das liegt im Wesen dieser Verpflichtungen selbst

---

[1]) Paech, Leistungsverzug, S. 31 Anm. 7; de Claparède, Beitr. z. Lehre v. Leistungsverzuge, S. 41 ff; Siber, Rechtszwang S. 142 ff.
Oertmann, zu § 284 Anm. 1; Winterfeld S. 40 ff.
Vgl. die ausführliche Zusammenstellung bei Friedburg aaO. S. 14/15.

begründet. Sie sind nicht auf Leistung schlechthin, sondern auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet, und mit diesem Inhalt sofort fällig. Der Gläubiger kann daher, sofern er nur will, jederzeit seine Befriedigung herbeiführen.

Ganz anders bei den Erbeneinreden. Diese hindern freilich die Verurteilung so wenig wie die Einreden des Zurückbehaltungsrechts und des nicht erfüllten Vertrages. Allein der Unterschied besteht eben darin, daß die Verurteilung des Erben nicht auf sofortige Leistung, sondern nach § 305 ZPO auf Leistung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung gerichtet ist — ein Vorbehalt, der, wie oben ausgeführt, die Wirkung hat, daß die Zwangsvollstreckung auf Arrestvollziehungsmaßregeln zu beschränken ist. Erst nach Ablauf der Fristen kann der Gläubiger die Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingen. Insofern ist die von Langheineken[1]) hervorgehobene Analogie zwischen diesem Falle und den Fällen, in denen nach § 259 ZPO der Schuldner zu einer künftigen Leistung verurteilt wird, durchaus zutreffend, und die Polemik Winterfelds[2]) gegen Langheineken unbegründet. Wenn Winterfeld betont, daß ja die Zwangsvollstreckung sofort beginnen und evtl. sogar zur Befriedigung des Gläubigers führen kann, so ist dem entgegenzuhalten, daß der Erbe von vornherein nach § 781 ZPO die Einwendung erheben und demgemäß die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf Arrestvollziehungsmaßregeln herbeiführen kann.

Der Eintritt des Verzuges innerhalb der Fristen der §§ 2014/15 BGB ist also nach der hier vertretenen Auffassung schon um deswillen ausgeschlossen, weil es an einem wesentlichen Erfordernis des Verzugseintritts, der Fälligkeit, mangelt.

---

[1]) aaO. S. 355/56.
[2]) aaO. S. 42.

B. Das Nichtvorhandensein eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes als Verzugsausschließungsgrund. (§ 285 BGB).

Aber selbst wenn man sich nicht dazu verstehen kann, die Fälligkeit einer Nachlaßforderung durch die Geltendmachung der Erbeneinreden hinausgeschoben zu sehen, so ist es doch unmöglich, den Erben innerhalb der Fristen der §§ 2014/15 BGB in Verzug geraten zu lassen, da der Verzugsausschließungsgrund des § 285 BGB vorliegt.

Die herrschende Anschauung in Theorie und Praxis erblickt in jener Bestimmung des § 285, daß der Erbe nicht in Verzug gerate, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibe, den er nicht zu vertreten habe, einen unzweifelhaften Beweis dafür, daß die schon im gemeinen Recht heftig umstrittene Frage, ob Verschulden zu den begrifflichen Voraussetzungen des Verzuges gehöre, in bejahendem Sinne zu beantworten sei, während eine andere (u. a. von Endemann, Weyl vertretene), die sich besonders auf § 279 stützt, den Verzug unabhängig vom Verschulden eintreten lassen will[1]). Es liegt auf der Hand: Sobald man sich der herrschenden Lehre anschließt, ist die hier vertretene Ansicht von der verzughemmenden Wirkung der aufschiebenden Einreden auch nach § 285 BGB ohne weiteres gerechtfertigt. Da in der Geltendmachung eines von der Rechtsordnung gewährten Rechtsbehelfs ein „Verschulden" nicht erblickt werden kann, entfällt von selbst die Möglichkeit, den Schuldner innerhalb der Fristen der §§ 2014/15 in Verzug zu setzen. Tatsächlich hat sich auch kein Vertreter der „Verschuldenstheorie" in unserer Streitfrage der Eccius'schen Lehre angeschlossen[2]).

Indessen ist die Frage nicht von diesem Gesichtspunkte aus zu beurteilen. Denn § 285 normiert, wie bereits festgestellt, nicht eine Voraussetzung des Verzugseintritts, sondern eine vom Schuldner geltend zu machende Hinderung.

---

[1]) Liter. bei Weyl S. 497 — 500 und Noten.

[2]) Winterfeld, aaO. S. 44 oben.

Selbst wenn man also Dernburgs[1]) Definition für zutreffend erachtet: Verzug des Schuldners liege vor, wenn er unentschuldbar nicht zur rechten Zeit leiste, so kann es sich doch für uns nur darum handeln, festzustellen, ob in der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden — unabhängig vom Verschulden — ein Umstand gefunden werden kann, den der Erbe „zu vertreten" hat.

Strohal ist dieser Meinung[2]) Es liege hier eine vom BGB häufiger berücksichtigte „Interessenkollision" vor (cfr. §§ 258, 867, 1005, 962), bei welcher der eine Teil — hier der Erbe — wegen der durch Ausübung eines ihm zustehenden Rechts dem anderen (dem Gläubiger) verursachten Nachteile verantwortlich gemacht werden könne. Strohal denkt hierbei, nächst dem Chikaneverbot, insbesondere an die eigenartige Interessenkollision im Falle des § 904 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache nicht befugt ist, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist — wogegen der Eigentümer Ersatz des entstandenen Schadens beanspruchen kann. Das Beispiel könnte wohl überzeugen, wenn die Vergleichung mit unserem Fall zuträfe. Daß dem nicht so ist, hat schon Winterfeld dargelegt[3]): Die Ausübung des Rechts nach § 904 geschieht lediglich zum Vorteil des Ausübenden, die der Einreden aus §§ 2014/15 aber ebensosehr im Interesse der Gläubigergesamtheit wie der Erben[4]). Es fehlt also gerade das tertium comparationis.

Entbehrt somit diese indirekte Beweisführung Strohals der zwingenden Kraft, kann auch sein Versuch, den Eintritt des Verzuges innerhalb der Fristen der §§ 2014/15 mit den

---

[1]) Bürgerl. Recht II, 1 § 71, II.

[2]) Bei Planck, V, S. 207/8.

[3]) aaO. S. 54.

[4]) Doch nicht, wie Friedburg (aaO. S. 22 ff) annimmt, bei unzureichendem Nachlaß ausschließlich im Interesse der Gläubigergemeinschaft.

gesetzlichen Vorschriften selbst in Einklang zu bringen, nicht als glücklich bezeichnet werden. Strohal geht davon aus[1]), daß zu den vom Schuldner zu vertretenden Umständen nicht nur das schuldhafte Verhalten des Schuldners selbst (§ 276) und der im § 278 bezeichneten Personen, sondern in dem im § 279 bezeichneten Umfange auch das Unvermögen zur Leistung gehört[2]). Obwohl nun § 279 ausdrücklich nur von „Gattungsschulden" spricht, will Strohal[3]) den § 279 auch für Speziesschulden angewendet wissen, wenn deren Nichterfüllung im letzten Grunde auf Mangel an Geldmitteln beruht, und folgert daraus: „Schließt aber selbst wirkliches Unvermögen zur Leistung im Sinne des § 279 den Eintritt des Verzuges nicht aus, so wird ein solcher Ausschluß grundsätzlich um so weniger angenommen werden dürfen, wenn einem Nachlaßgläubiger die ihm gebührende Leistung nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit verweigert wird, daß der Nachlaß überschuldet sein könnte". Hiergegen hat aber schon Dernburg[4]) mit Recht geltend gemacht, daß der § 279 nur singuläre Bedeutung habe und keinesfalls auf blosse Verzögerung der Leistung zu beziehen sei. Wie verträgt sich aber weiterhin mit der Auffassung Strohals der § 1978 BGB? Dort ist für den Fall, daß die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, bestimmt, daß der Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses von der Annahme der Erbschaft an wie ein Beauftragter hafte. Daß zu diesen Obliegenheiten unter Umständen auch die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden gehört: nämlich dann, wenn dies zur Wahrung des Interesses der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger erforderlich ist, wird auch von den Anhängern der

---

[1]) bei Planck, V, S. 208.

[2]) § 279: Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

[3]) Hier übereinstimmend mit Planck, II. Erl. 2 zu § 279.

[4]) Bürgerl. Recht II, 1 § 71, III.

neueren Meinung anerkannt[1]). Der Erbe hat es also einerseits „zu vertreten", wenn er die Einreden nicht vorbringt und dadurch der Gläubigergesamtheit Schaden zufügt — und auf der anderen Seite will man ihn wiederum die Vorschützung der Einreden entgelten lassen als einen Umstand, den er nach § 285 zu vertreten habe! Schon hieran muß m. E. die Auffassung Strohals scheitern. Eine derartige Ausdehnung des Begriffes „Vertretenmüssen" führt eben zu Ergebnissen, die nicht nur praktisch unhaltbar, sondern auch mit der gesetzlichen Regelung keineswegs vereinbar sind. Sieht man also auch ganz ab vom Verschulden — die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden kann schon im Hinblick auf § 1978 keinesfalls als Umstand gelten, den der Erbe zu vertreten hat.

Der Erbe braucht sich also nur auf § 285 BGB zu berufen, um sich vor dem Eintritt des Verzuges innerhalb der Fristen der §§ 2014/15 zu schützen.

Damit bestätigt sich das vorige Ergebnis:

Die aufschiebenden Einreden des Erben sind materielle Leistungsverweigerungsrechte, deren Hauptwirkung darin besteht, daß sie den Verzug der Erben hindern.

---

[1]) Herzfelder, Komm. S. 178/79; Strohal bei Planck, V. Anm. 2 d S. 137.

III. Teil.

Die praktischen Ergebnisse.

Die eigentliche Untersuchung ist nunmehr abgeschlossen. Denn das aus der Interpretation des Gesetzes gewonnene Ergebnis kann nicht mehr entkräftet werden durch Feststellung einer vielleicht abweichenden historischen Entwicklung[1]). Auch nicht durch Rücksichtnahme auf etwa sich ergebende „unhaltbare Konsequenzen". Unleidliche Ergebnisse einer Gesetzesbestimmung aufzudecken ist verdienstvoll und de lege ferenda notwendig — de lege lata kann es nicht in Betracht kommen. Der „Tierhalterparagraph" in seiner ursprünglichen Fassung wurde von weiten Kreisen gewiß als drückend, ja unheilvoll empfunden — und doch, so lange nicht die Gesetzgebung eingegriffen und dem § 833 durch Hinzufügung eines Abs. 2 seine Schärfe genommen hatte, konnte kein noch so dringendes Bedürfnis des praktischen Lebens dazu führen, dem klaren Wortlaut des Gesetzes Gewalt anzutun und ihm eine gefällige, doch offensichtlich gesetzwidrige Interpretation zu geben.

Allerdings ist ja Eccius in unserem Fall der Überzeugung: „Das praktische Leben werde es dankbar empfinden, daß das Gesetz zur Annahme dieses Satzes (die aufschiebenden Einreden hinderten den Verzug der Erben) nicht nötigt"[2]). Allein diese Auffassung ist ebenso willkürlich wie irrig — denn die richtige Auslegung des Gesetzes führt, wie gezeigt, zu dem entgegengesetzten Ergebnis — ; und selbst wenn man ihr beipflichten könnte,

---

[1]) Hierüber unten IV. Teil.
[2]) Gruch. 44, 902 a. E.

erschiene es doch verfehlt, für die Beantwortung der Frage, welchen Einfluß die aufschiebenden Einreden auf den Eintritt des Verzuges ausüben, die praktischen Konsequenzen in den Vordergrund zu schieben.

A. Die Konsequenzen der bisherigen Meinung.

Von vornherein soll zugegeben werden, daß Eccius' eingehende Kritik in vieler Hinsicht begründet ist; daß die erstrebte Ausgleichung der widerstreitenden Interessen nicht durchweg erreicht ist; daß sich nach der hier vertretenen Meinung mancherlei Härten für die Gläubiger ergeben [1]).

Als die größte wird man wohl die Versagung jeglicher Zinsen, also nicht nur der Verzugs-, sondern auch der Prozeßzinsen, ansehen müssen. Kann der Gläubiger die Rechtshängigkeit der Sache und sogar die Verurteilung des Erben herbeiführen, so müßte man ihm wohl auch die — nach ausdrücklicher Bestimmung des § 291 BGB vom Verzuge unabhängigen — Prozeßzinsen zubilligen. Winterfeld [2]) ist dazu in der Lage, da er die Fälligkeit der Nachlaßschuld durch die Einreden unberührt läßt. Diese Möglichkeit fällt aber fort, sobald man, wie hier, Hinausschiebung der Fälligkeit durch die Einreden annimmt (cfr. § 291 Satz 2: Wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen). Die Unbilligkeit ist nicht hinweg zu leugnen. Freilich wird ein so krasser Fall wie Eccius ihn im Auge hat [3]) kaum praktisch werden. Gegenüber dem „von der Zahlungsfähigkeit des Nachlasses voll überzeugten" Erben, der eine nach dem Erbschaftsantritt fällig werdende Geldschuld zinslos beliebig lange zurückhält, greift zweifellos die Replik der Chikane durch (BGB §§ 226, 228). Die angeblich geringe praktische Verwertbarkeit dieses Mittels wird durch die von Strohal selbst gebrachten Beispiele [4]) widerlegt.

---

[1]) Ebenso Dernburg V, S. 472, auch ein Anhänger der „Theorie des Verzugsausschlusses".

[2]) aaO. S. 36.

[3]) Gruch. 44, 900 a, E.

[4]) Bei Planck, V, 6d S. 207.

Eine weitere schwere Benachteiligung liegt nach Eccius im Falle eines gegenseitigen Vertrages vor[1]). Der Gläubiger habe hier, wenn der Leistungstermin nach dem Tode des Erblassers und nach dem Erbantritt eingetreten oder der Erbe unter Anerbietung der eigenen Leistung gemahnt sei, nicht das Rücktrittsrecht des § 326 BGB, da dieses den Verzug des anderen Teils voraussetze; er könne also nicht nur seinen Interesseanspruch nicht erlangen, sondern müsse auch die Nachteile der dauernden Erfüllungsbereitschaft mit in Kauf nehmen. Auch Klage und Verurteilung nütze ihm nichts, da § 255 ZPO[2]) für ihn nicht geschrieben sei; und vor allem könne er wegen mangelnden Verzuges auch des verurteilten Beklagten von der eigenen Leistungspflicht nicht frei werden.

Hierin läge allerdings eine sehr bedenkliche Konsequenz der bisherigen Meinung. Doch hat Winterfeld gerade hier einen sehr glücklichen und — trotz der Gegenargumentation Utiewskys und Friedburgs — m. E. überzeugenden Ausweg gefunden. Er billigt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht nicht nach § 326, sondern nach § 325 Abs. 2 in Verbindung mit § 283 zu[3]). Die Begründung ist sehr einfach. § 283 handelt von der Fristsetzung, die dem rechtskräftig verurteilten Schuldner gegenüber durch den Gläubiger mit der Maßgabe erfolgt, daß er — Gläubiger — die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Winterfeld argumentiert nun, dieser § 283 sei für alle Fälle des subjektiven Unvermögens geschaffen — da er ja vom verurteilten Schuldner handle, das Unterbleiben der Leistung wegen objektiver Unmöglichkeit also nicht gemeint sein könne —, d. h. die Rechte aus § 283 habe der Gläubiger auch dann, wenn die Leistung durch den Schuldner unterblieben sei, ohne daß dieser dabei in Verzug gewesen. Die für die gegenseitigen Verträge entsprechende Bestimmung enthalte § 325. Er stelle zwar in Abs. 1 nur

---

[1]) Gruch. 44, 901, 2.

[2]) Setzung einer Frist im Urteil, nach deren Ablauf der Gläubiger die Leistung nicht mehr anzunehmen braucht.

[3]) aaO. S. 28 ff.

fest, welche Rechte der Gläubiger bei der objektiven Unmöglichkeit der Leistung durch den Schuldner haben solle. Im Abs. 2 werde jedoch die objektive Unmöglichkeit dem in § 283 besprochenen Unvermögen gleichgestellt.

Der Gläubiger als Kontrahent eines mit dem Erblasser geschlossenen gegenseitigen Vertrages hat hiernach, auch ohne daß der Erbe sich im Verzuge befindet, folgende Rücktrittsmöglichkeit: Er erhebt Klage gegen den Erben auf Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und läßt in dem erstrittenen Urteil (§ 305 ZPO) dem Erben eine Frist setzen (§ 255 ZPO) mit der Erklärung, daß er nach deren Ablauf die Annahme der Leistung verweigern werde (§ 283 BGB). Leistet der Erbe nach Ablauf der Frist nicht, dann kann er, auch wenn der Erbe nicht im Verzuge war, vom Vertrage zurücktreten (§ 325 Abs. 2 BGB). Das Recht des § 325 Abs. 1 Satz 1, anstelle der Ausübung des Rücktrittsrechts Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, steht ihm jedoch nicht zu, da nach § 283 Abs. 1 Satz 3 die Verpflichtung des Schuldners zum Schadensersatze nicht eintritt, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Daß zu diesen nicht zu vertretenden Umständen die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden gehört, ist oben dargelegt worden.

Freilich leidet diese Konstruktion, dies ist den Gegnern zuzugeben, an einem erheblichen Mangel. Sie hat für den Nachlaßgläubiger eine viel geringere praktische Bedeutung als die leichte Rücktrittsmöglichkeit des § 326, besonders, wenn der Prozeß sich lange hinzieht. „Wie lange muß es dauern, bis der Gläubiger Klage erhebt, ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, eine angemessene Zeit setzt und diese abwartet“ [1])? Immerhin wird der Gläubiger doch in den Fällen, in denen die Forderung unbestritten ist und sofort durch Urteil festgestellt werden kann, auch ohne Verzug des Schuldners mit einigem Vorteil von der Rücktrittsmöglichkeit der §§ 325, 283 Gebrauch machen können.

[1]) Utiewsky, aaO. S. 59.

Völlig abzulehnen aber ist, was Eccius bezüglich der Benachteiligung des Gläubigers im Falle eines Fixgeschäfts[1]) sagt. Er befürchtet, der Erbe werde, wenn er nicht in Verzug gerate, den — nur für den Erblasser verbindlich gewesenen — Stichtag zu seinem Vorteil vorübergehen lassen, und der Gläubiger werde evtl. erst nach Monaten die für ihn nun gegenstandslos gewordene Leistung annehmen, zugleich auch die Gegenleistung entrichten müssen. Eccius geht hier von der offenbar irrigen[2]) im Gesetz nirgends begründeten Voraussetzung aus, daß auch der auf das Fixgeschäft bezügliche § 361 BGB den Verzug des einen Teils zur Voraussetzung des Rücktrittsrechts des anderen Teils habe. § 361 lautet aber: „Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt". § 361 enthält also eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß Nichterfüllung einer Verbindlichkeit dem Gläubiger nicht ohne weiteres ein Recht des Rücktritts vom Vertrage gibt. Der Gläubiger kann hier vielmehr zurücktreten, ohne vorherige Mahnung des Schuldners (§ 284), ohne Fristsetzung (§ 326 Abs. 1), ohne die Beweislast, daß die verspätete Erfüllung kein Interesse mehr habe (§ 326 Abs. 2) — und schließlich ohne daß dem Schuldner Verzug zur Last fällt; also auch, wenn der Erbe unter Berufung auf die aufschiebenden Einreden am Stichtag nicht geleistet hat.

B. Die Konsequenzen der neueren Meinung.

Sind somit die praktischen Konsequenzen der — von Utiewsky so genannten — „Theorie des Verzugsausschlusses" trotz nicht zu leugnender Unzuträglichkeiten für die Gläubiger nicht so unhaltbar, wie Eccius und seine Anhänger meinen, so ergeben sich umgekehrt aus der „Theorie des

[1]) aaO.

[2]) Den Irrtum hat schon Strohal nachgewiesen (b. Planck, V, S. 207 Mitte).

Verzugseintritts" ebenso schwere wie ungerechtfertigte Benachteiligungen des Erben.

Die aufschiebenden Einreden sollen einmal dem Erben selbst zu gute kommen. So lange er über die Verhältnisse des Nachlaßbestandes im Ungewissen ist und sich nicht entschieden hat, ob er für die Nachlaßverbindlichkeiten auch mit dem eigenen Vermögen haften solle, darf er „die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit verweigern". Die Überlegungsfrist aber würde illusorisch werden, wenn die Nachlaßgläubiger den Erben alsbald nach der Erbschaftsannahme bedrängen könnten, ohne wenigstens eventuell einen Nachteil zu erleiden: Die Klage ist ihnen gestattet, aber wenn der Erbe sofort anerkennt, haben sie die Kosten zu tragen).

Dies ist nur billig. Welch bedenklicher Zustand sich aber für den Erben ergeben könnte, falls er in Verzug geriete, ist oben schon angedeutet worden. Setzen wir folgenden Fall. Der Erbe wird auf eine Nachlaßschuld belangt. Er macht die Einrede aus § 2014 geltend. Doch damit hindert er nur die Befriedigung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung. Er selbst kommt unerachtet seines Weigerungsrechtes in Verzug: haftet also für jeden Grad von Fahrlässigkeit, sogar für Zufall (§ 287), hat Verzugszinsen zu entrichten und ausserdem die Prozeßkosten zu tragen. Nach Abschluß des Inventars entschließt sich der Erbe wegen überschuldeten Nachlasses zum Nachlaßkonkurs. Er ist nun gemäß § 1978 den Gläubigern von der Erbschaftsannahme an wie ein Beauftragter verantwortlich, haftet also auch dafür, daß die Gesamtheit der Gläubiger nicht etwa dadurch geschädigt ist, daß er die Geltendmachung der aufschiebenden Einreden einem Gläubiger gegenüber unterlassen hat und somit durch die vorzeitige Befriedigung dieses die par condicio nicht gewahrt ist — hat also die Folgen des Verzuges trotz pflichtgemässer Handlungsweise zu tragen! Ähnlich läge es im Falle des § 1980 Abs. 2.

Es wäre geradezu die Karrikatur eines „Rechtsbehelfs", diese Befugnis, die Berichtigung zu verweigern, die nicht einmal dem freien Belieben des Erben überlassen, sondern

---

[1]) So auch KG. 16. XII. 01; OLG Breslau, 31. III. 05.

ihm unter Umständen zur Pflicht gemacht wird und ihm doch — geschweige daß sie ihn schützte — ebensolche Nachteile brächte, wie wenn er es unterliesse, sich ihrer zu bedienen.

Es ergibt sich hierbei zugleich, daß der Ausschluß des Verzuges nicht nur im Interesse des Erben dringend geboten ist, sondern auch der Gläubigergesamtheit zugute kommt, wenn auch auf Kosten des einzelnen Gläubigers. „Er leidet nicht so sehr im Interesse des Erben als im Interesse seiner Mitgläubiger", ist auch das Ergebnis der eingehenden Erörterungen Winterfelds[1]). Es liegt auf der Hand, daß die Verzugsfolgen — die natürlich nicht das persönliche Vermögen des Erben, sondern den Nachlaß treffen — in den Fällen, in denen der Erbe Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragt, eine Mehrbelastung des Nachlasses herbeiführen, die letzten Endes doch von der Gläubigergemeinschaft getragen werden muß. Vor allem kann das Verfallen einer Konventionalstrafe, wie Winterfeld an einem — gerade von Eccius[2]) gebrachten — Beispiele treffend zeigt, die Passiva des Nachlasses zu einer derartigen Höhe anschwellen lassen, daß zwar die Interessen des betreffenden einzelnen Gläubigers vollkommen gewahrt bleiben, dafür aber die Ansprüche der sämtlichen anderen sich eine empfindliche Kürzung gefallen lassen müssen. Ganz abgesehen von den sonstigen Verzugswirkungen — bei einem Nachlaß mit erheblichen Passiven haben ja die Gläubiger selbst das größte Interesse daran, daß die Feststellung der Aktiva und überhaupt die ganze Nachlaßregulierung von einem „Selbstbeteiligten" vorgenommen wird — die geeignetste Persönlichkeit ist aber eben der Erbe, der „geborene Nachlaßverwalter der Gläubigerschaft"[3]).

Daß man den Erben sicherstellen und ihm möglichst wirksame Mittel diesen oder jenen allzu ungeduldigen Gläubiger in die Hand geben muß, ist somit auch zur Wahrung der par condicio der Nachlaßgläubiger erforderlich.

---

[1]) aaO. S. 53.

[2]) Gruch. 49, 157.

[3]) Winterfeld, aaO. S. 49.

IV. Teil.

Geschichtlicher Rückblick.

Die lebhafte Kontroverse darüber, ob und inwieweit der sogen. „Wille der Gesetzgeber“ für die Auslegung des Gesetzes heranzuziehen sei, ist heut überwiegend — m. E. mit Recht — im negativen Sinne beantwortet[1]). In der Tat kann man Otto Fischer[2]) nur beipflichten, wenn er die Versuche, vermittels der Auslegung die „Gedanken der Gesetzgeber“ aufzudecken, als ganz unrichtig und höchst verderblich zurückweist und nur das „losgelöst von jeder menschlichen Persönlichkeit in die Erscheinung tretende Wort des Gesetzes“ als bindend erklärt, ohne darum einer toten Buchstabeninterpretation das Wort zu reden. Entscheidend ist also nur, was im Gesetz selbst zum Ausdruck gelangt ist, nicht, was auf dem langen Entwicklungsgange unserer Reichsgesetze von den ersten Phasen ihrer Entstehung bis zur Vollendung die zahlreichen Mitarbeiter, die gesetzgebenden Faktoren zum Ausdruck bringen wollten; dies um so weniger, als eben beim Fehlen einer gesetzschaffenden Einzelpersönlichkeit die Feststellung einer bestimmten Willensrichtung oder Meinung erheblichen Schwierigkeiten unterworfen sein dürfte. Andererseits wird man — und dies betont auch Fischer — zu sinngemäßer Interpretation der Erforschung des geschichtlichen Zusammenhanges nicht völlig entraten können. Die historische Untersuchung schärft zweifellos den Blick für das Recht der Gegenwart[3]).

---

[1]) Liter. bei Windscheid-Kipp, I, § 21, bes. Anm. 4 u. 6.

[2]) Fischer-Henle, Einl. S. XXVII ff.

[3]) Vgl. Fischers Aufs.: Ziel und Methode des rechtsgesch. Unterrichts in Jher. Jahrb. 09, Bd. 54, S. 303 ff.

Was insbesondere die Materialien zum BGB anlangt, so hat ja der Rückschlag gegen den anfänglichen „Kultus der Materialien" vielfach zu einer zweifellosen Unterschätzung ihrer Bedeutung geführt. Im übrigen schwankt aber ihre Bewertung im einzelnen Falle noch heute oft danach, ob sie gerade einer Ansicht willkommenen Stützpunkt bieten oder aber mit entgegengesetzter Aeusserung unbequem fallen. Dies gilt besonders von der Judikatur des Reichsgerichts[1]). Aber auch Eccius sei nicht unerwähnt mit einem (hier besonders interessierenden) widerspruchsvollen Urteil bezüglich der Denkschrift: „ ..... halte ich doch den Versuch, die Aeusserung der Denkschrift jedes juristischen Gehalts zu entkleiden ..... für verfehlt" (Gr. 43, 604)..... „Auf die Worte der Denkschrift kann m. E. gegenüber den Worten der zusammenhängenden Gesetze kein Gewicht gelegt werden" (Gr. 44, 900). Hält man die Mitte, so kann wohl Ecks[2]) treffendes Urteil als Richtschnur dienen: „Wer Gesetze lediglich nach Maßgabe der Materialien auslegt, läßt es freilich an der erforderlichen Selbstständigkeit fehlen; aber wer sie ohne Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte auslegt, verfällt umgekehrt leicht der Willkür".

In unserem Falle erscheint ein besonderes Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung schon deswegen geboten, weil der Streit der beiden Meinungen zu einem gut Teil bis auf die Quellen des heutigen Rechts hinabreicht — m. a. W. weil es sich nicht so sehr darum handelt, einen Überblick über tatsächliche historische Vorgänge zu geben, als vielmehr hieraus die zur Beantwortung der Streitfrage in Betracht kommenden Schlüsse zu ziehen.

I. Das frühere Recht.

a) Der Ursprung des Dreimonatseinwands. (BGB § 2014).

Die aufschiebenden Einreden des Erben, an verschiedene Voraussetzungen geknüpft und doch in ihrem Wesen und ihren Wirkungen so völlig gleich, daß man sie als eine

[1]) Beispiel bei Enneccerus, I, S. 148 Anm. 1.

[2]) Vorträge, I, S. 30.

Einrede bezeichnen kann, weichen an Alter und Ursprung stark von einander ab. Während § 2015 eine Schöpfung des modernen Rechts ist, reichen die Wurzeln des § 2014 bis auf das römische Recht zurück.

Und zwar hängt die hier in Betracht kommende l. 22 § 11 cod. 6.30 mit der Regelung der Haftung des Erben, insbesondere der Gestaltung des Inventarrechts, zusammen[1]).

Im vorjustinianischen Recht haftete der Erbe unbeschränkt für die Nachlaßschulden. Dies war bei verschuldeten Nachlässen eine große Härte für die sui heredes, da sie „von Rechtswegen ohne Willen und Wissen“[2]) Erben wurden und nicht wie die heredes extranei freie Wahl hatten, ob sie die Erbschaft antreten oder ablehnen wollten. Den sui verlieh deshalb der Prätor das beneficium abstinendi: auch sie konnten hinfort unter gewissen Voraussetzungen die Erbschaft ausschlagen. Die Entscheidung weder des fremden noch des häuslichen Erben war gesetzlich an eine Frist gebunden; doch konnte ihnen vom Richter auf Antrag der Gläubiger, aber auch auf eigene Erbittung eine Überlegungsfrist gesteckt werden. Während dieser Frist war jede Belästigung des Erben durch die Nachlaßgläubiger ausgeschlossen[3]).

Justinian mißbilligte das Institut der Deliberationsfrist[4]) da es unlautere Machinationen der Berufenen begünstigte[5]). Zu konservativ, um es schlankweg zu beseitigen — ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores (§ 13 1. c.) — suchte er es zu verdrängen, indem er an die Erbittung der Deliberationsfrist nächst einer zeitlichen Beschränkung Nachteile knüpfte und dafür eine neue wirksamere Rechtswohltat gewährte: Das Inventar[6]). Die Errichtung eines solchen zur bestimmten Frist und in gehöriger

[1]) Zum folgend. vgl. Dernburg, Pand. Bd. III, §§ 160 ff.
[2]) Dernburg aaO. § 163.
[3]) de iure deliberandi D. 28,8; cod. 6,30.
[4]) 1.22, cod. 6,30.
[5]) pr. § 13 1. c.
[6]) §§ 13,14.

Form beschränkte die Haftung des Erben auf den Betrag[1]) des Nachlasses[2]). Und als besondere Vergünstigung hieß es in § 11:

> Donec tamen inventarium conscribitur, vel si res praesto sint, intra tres menses, vel si afuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos inquietare vel ad iudicium vocare vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare, sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum, nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praeiudicio generando.

Die Worte: spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum sind nach v. Buchholz[3]) also zu interpretieren: „Der Erbe, dem eine Deliberationsfrist gegeben war, konnte, so lange diese dauerte, von den Interessenten nicht um eine entscheidende Erklärung gedrängt, noch weniger etwa, als sei er schon Erbe, belangt werden. Diesen Vorteil, welchen die erbetene Deliberation gewährte, will nun Justinian auch ungebeten dem Erben geben, welcher, dem Befehle Justinians gehorsam, eine Deliberation sich zu erbitten für überflüssig erklärt, die Erbschaft antritt und ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet. Solange daher der Erbe, sagt Justinian, an dem Inventar arbeite, solange soll er dem Gesetze nach angesehen werden, als habe er eine solche Zeit zum Deliberieren bekommen, und dürfe daher während der Inventur weder von den Interessenten um eine Erklärung gedrängt, noch von den Erbschaftsgläubigern belangt werden . . . . . " v. Buchholz verwahrt sich aber dagegen, als hielte er nun diese Zeit für eine zweite ipso iure zustehende Deliberationsfrist (was ja nach Justinians Stellung ausgeschlossen). Vielmehr ist diese Zeit „pro deliberatione, d. h. anti' — an die Stelle der dem Kaiser so gehässigen Deliberation getreten".

---

[1]) Dernburg, Pr. Priv. R. III, § 221 Anm. 3.

[2]) §§ 2 ff.

[3]) Ztschr. f. Zivilr. u. Proz. Bd. X. (1837) S. 390/91.

Vergleicht man die Vorschrift der zit. lex mit dem heutigen § 2014, so ist die Ähnlichkeit unverkennbar, doch nicht minder die viel weiter gehende Bevorzugung des Erben im alten Recht. Hier ward jegliche Behelligung des Erben während der Frist verboten; Verklagung oder gar Verurteilung des Erben, wie nach heutigem Recht, war also ausgeschlossen, ja selbst schon blosse Mahnung [1]). Durfte aber der Gläubiger nicht mahnen, so konnte er füglich den Erben auch nicht in Verzug setzen — fehlte doch mit der interpellatio ein essentiale des Verzugseintritts. Daß es sich also hier um eine ausgesprochen materiellrechtliche verzughemmende Befugnis handelte, steht ausser allem Zweifel.

Die Vorschrift der 1.22 ist ins gemeine Recht übergegangen. Auch hier konnte der Erbe jeder Belästigung wirksam die verzögerliche Einrede entgegensetzen [2]); auch hier äusserte sich der Unterschied gegenüber dem heutigen Recht vornehmlich in der prozessualen Behandlung: Die innerhalb der Frist erhobene Klage wurde als verfrüht abgewiesen. In der älteren gemeinrechtlichen Literatur hat denn auch nie ein Streit über die Rechtsnatur der Einrede geherrscht.

Zweifel wurden erst laut nach dem Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung. Man suchte jetzt die Bestimmung der 1.22 als eine prozeßrechtliche hinzustellen, was insofern von wesentlicher Bedeutung war, als sie — wofern man sie als prozeßrechtliche betrachtete — gemäß § 14 EG z. ZPO als aufgehoben gelten mußte. Diese Ansicht vertrat wenigsten Frank [3]). Er hielt dafür, daß die Vorschrift der 1.22 „auf der Grenze zwischen materiellem und Prozeßrecht stehe, vom Standpunkt des Gesetzes aber zu letzterem zu rechnen sei". Er begründete seine Meinung unter Hinweis auf § 696 Abs. 2 ZPO, der lautete: „Inwieweit der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohltat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der

[1]) Doch erstreckte sich dies nicht auf Vindikationsklagen, da das Gesetz lediglich von Gläubigern und Vermächtnisnehmern sprach. cfr. Mühlenbruch, (Glück, Pand.) Bd. 41, S. 366.

[2]) Vgl. Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 31, S. 49.

[3]) In Buschs Zeitschr. f. Ziv. Pr. Bd. 13, S. 233/4.

Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts". Hieraus ergab sich für Frank die prozeßrechtliche Natur „der Normen des Zivilrechts, welche die Bedeutung des beneficium inventarii auf einen Prozeß betreffen", da es sonst ihrer ausdrücklichen Aufrechterhaltung nicht bedurft hätte. Galt aber demnach die 1.22 1. c. als aufgehoben, so hatte der Erbe die Einrede verloren und konnte die Einlassung auf den Prozeß nicht mehr weigern.

Demgegenüber hat Fuchs[1]) in einem längeren Aufsatze die materiell-rechtliche Natur der umstrittenen Stelle — und damit auch ihre fortdauernde Geltung — mit Glück verteidigt und insbesondere nachgewiesen, daß es unrichtig sei, zwischen Normen über die materiell-rechtliche Bedeutung des beneficium inventarii und Normen über die Bedeutung des beneficium inventarii für einen Prozeß zu unterscheiden; daß auch der zit. § 696 Abs. 2 ZPO solche besondere Normen des Zivilrechts gar nicht im Auge habe.

Auf die Widerlegung im einzelnen einzugehen, würde zu weit führen und hätte auch hier keinen besonderen Wert, da Frank mit seiner sehr dürftig begründeten und kaum zu haltenden Ansicht allein geblieben ist[2]) — wenn auch die Anhänger der neuen Richtung in unserer Streitfrage nicht ungern von der Tatsache Kenntnis nehmen werden, daß schon die soviel mehr umfassende Einrede der 1. 22 bezüglich ihrer materiellen Wirkung Zweifeln unterworfen war.

Von Interesse für uns ist an der Fuchs'schen Beweisführung[3]) lediglich die Heranziehung einer Parallelstelle aus dem preußischen Allgemeinen Landrecht.

Dem ALR war allerdings, entsprechend der veränderten Gestaltung des Inventarrechts, ein solcher Schutz des

[1]) In Buschs Ztschr. Bd. 23, S. 445 ff.

[2]) Seine unsichere Berufung auf Dernburg ist zum mindesten sehr zweifelhaft.

[3]) abgesehen davon, daß er am Schlusse seines Aufsatzes auch die Einreden der §§ 2014/2015 BGB für „materiell-rechtliche" erklärte; er hat dies später, wie schon eingangs der Arbeit erwähnt, ausdrücklich zurückgenommen, im übrigen aber seine Ansicht bezüglich der 1. 22 aufrechterhalten.

Erben während der Inventarerrichtung fremd; vielmehr mußte der Beneficialerbe nach Ablauf der Deliberationsfrist (s. u.) gemäß § 452, I, 9 „die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger leisten", allerdings „nur in derjenigen Ordnung, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben". Aber der ipso iure Erwerb der Erbschaft nach preußischem Recht machte es notwendig, dem Erben vor Annahme der Erbschaft eine Überlegungsfrist zu gewähren; diese war auf sechs Wochen bemessen[1]). Während dieser Frist war der Erbe „auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger sich einzulassen, und Prozesse, die von dem Erblasser oder gegen ihn angestellt wurden, fortzusetzen nicht schuldig".

Der wesentliche Unterschied der beiden Bestimmungen liegt auf der Hand: im Gemeinen Recht handelte es sich um einen Erben, der Erbe nicht blos bereits geworden ist, sondern auch bleibt, dessen Haftungsumfang nur noch nicht feststeht — im preußischen Recht um einen Erben, dessen endgiltige Erbeneigenschaft davon abhängt, ob er annehmen oder ausschlagen wird. Und doch ergibt sich aus der Vergleichung, daß Fuchs nur beizupflichten ist: die beiden Vorschriften „gehen von demselben Gedanken aus und verfolgten denselben Zweck" [2]).

Fuchs hat dies noch näher ausgeführt, gestützt insbesondere auf die oben zit. Interpretation von Buchholtz, (wonach der Erbe innerhalb der Frist angesehen werden sollte, als habe er eine solche Zeit zum Deliberieren bekommen), und somit auch indirekt die materielle Rechtsnatur der 1. 22 bewiesen.

Denn was die landrechtliche Vorschrift betrifft, so ist ihr materiell-rechtlicher Charakter nie bezweifelt worden. Andernfalls hätte nach dem Inkrafttreten der ZPO ihre Fortdauer im Geltungsbereich des ALR nicht minder in Frage gestanden wie die der 1. 22 im Gebiet des gemeinen Rechts. Dagegen hat sich aber Theorie wie Praxis aus-

[1]) ALR §§ 367, 368, 384—386, I, 9.
[2]) aaO. S. 450, 457.

gesprochen. Das Reichsgericht[1]) betonte ausdrücklich, daß die „materielle Wirkung des § 386 ALR I, 9 ..... durch keine Vorschrift der ZPO beseitigt“ sei. In gleichem Sinne äusserte sich Dernburg[2]). Nicht uninteressant ist es, daß Eccius[3]) — wiewohl er den materiellen Charakter der landrechtlichen Vorschrift nicht leugnen konnte — doch schon hierin einen „nicht lediglich materiellen Satz“ erblickte, der vielmehr „in dem von der Offizialmaxime beherrschten Prozeß von Amtswegen zu berücksichtigen war“. Die Veränderung der Prozeßleitung hätte ihm nun die praktische Bedeutung genommen.

Der Unterschied der Wirkungen der Einrede im modernen Prozeß gegenüber dem früheren „von der Offizialmaxime beherrschten“ war aber, worauf schon Fuchs hinweist[4]), in der zit. Entscheidung des Reichsgerichts ausgesprochen. Dort hieß es nämlich wörtlich: „Mag auch infolge des Systems der ZPO die Klagezustellung an den Erben während der Überlegungsfrist stets zu erreichen sein, so wird doch die materielle Wirkung des § 386 ALR I, 9 im Sinne der Abweisung der Klage als verfrüht, wenn dies die Erben beantragen ..... durch keine Vorschrift der ZPO beseitigt“.

Also: im früheren Prozeß hatte der Richter bei der Prozeßleitung von Amtswegen zu prüfen, ob etwa die Frist noch nicht abgelaufen sei, in welchem Falle eine Klagezustellung an den Erben überhaupt nicht stattfand. Im modernen Prozeß konnte davon allerdings keine Rede mehr sein: Die Klage wurde zugestellt. Erhob aber der Erbe die Einrede, so mußte — genau wie früher — Abweisung der Klage als verfrüht erfolgen.

Das bayrische Landrecht[5]) schützte in Teil III Kap. I § 18 Nr. 10 den Erben während der Inventarfrist in gleicher Weise wie das gemeine Recht. Doch griff die exceptio

---

[1]) Entsch. Bd. 27, S. 83.
[2]) Pr. Pr. R. III § 218, Anm. 17.
[3]) Förster-Eccius, Pr. Pr. R. Bd. IV, § 269 Anm. 26.
[4]) aaO. S. 457, 458.
[5]) Roth-Becher, Bd. III, S. 181 Anm. 151.

nondum confecti inventarii nicht Platz [illegible] „wenn ein ungebührlicher Aufzug darin verspürt und das inventarium nicht mit Fleiß trainiert wird". ferner nicht „in Forderungen, welche keinen Verschub leiden, z. E. in Klagen um alimenta oder Funeralkosten und dergl." Dies müßte übrigens auch auf Klagen aus Wechseln und kaufmännischen Anweisungen Anwendung finden[2]).

Eigenartig war die Regelung im französischen Recht[3]). Hier wurde die Erbschaft wie im preußischen Recht von Rechtswegen ohne Willenserklärung des Erben erworben. Dafür gewährte man dem Erben zunächst eine gesetzliche Frist für die Inventarerrichtung, die nach dem Vorgang des gemeinen Rechts auf drei Monate bemessen war; ausserdem nach Ablauf dieser Frist (bezw. wenn das Inventar früher geschlossen war, von dem Tage der Beendigung an) eine weitere Frist von 40 Tagen als Deliberationsfrist[4]). Während des Laufes dieser Fristen hatte der Erbe auch hier eine verzögerliche Einrede: „ ..... l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation ....." (c. c. Art. 797) — die seiner Verurteilung entgegenstand[5]). Der Rechtszustand war hier der gleiche wie im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts nach dem Inkrafttreten der ZPO. Die Klage war möglich, das Verfahren als solches keineswegs nichtig. Aber die Geltendmachung der Einrede hatte die Abweisung der Klage als verfrüht zur Folge. Das französische Recht ging überdies noch weiter und stellte dem Erben auch nach Ablauf der beiden Fristen auf seine Bitte eine neue (mit den gleichen Wirkungen) in Aussicht, deren Gewährung allerdings dem richterlichen Ermessen überlassen war (Art. 798).

Von den früheren Rechten kannten also insbesondere das gemeine, das bayrische und das französische Recht eine materielle verzughemmende Befugnis, welche als Vor-

[1]) Kreittmayr, Anm. 140.
[2]) Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd 31, S. 49/50.
[3]) Zachariae-Crome, Bd. III, S. 100 ff.
[4]) C. c. Art. 795. Code de procédure civile Art. 174.
[5]) Zachariae-Crome, S. 101 Anm. 6.

läufer der aufschiebenden Einrede des § 2014 BGB angesehen werden kann. Die Wirkungen der Einrede nach älterem Recht waren ungleich stärker als heut — die Stellung der Gläubiger also durchweg ungünstiger als im modernen Recht.

b) Der Ursprung der aufschiebenden Einrede aus § 2015.

Im Gegensatz zu § 2014 ist § 2015, wie schon hervorgehoben, als Schöpfung des modernen Rechts anzusprechen. Sein Ursprung liegt[1]) in dem preußischen Gesetz vom 28. März 1879 betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger im Geltungsbereich des ALR. Dieses Gesetz, dessen Grundlage das erbschaftliche Liquidationsverfahren des älteren preußischen Rechts bildete, brachte im Zusammenhang mit der neu geschaffenen Reichszivilprozeßordnung eine Neugestaltung des Verfahrens und fügte zugleich den beiden Rechtsbehelfen des gemeinen Rechts: Inventarerrichtung und Erwirkung des Nachlaßkonkurses, hinzu das Aufgebot der Nachlaßgläubiger[2]). Sein § 1 lautete:

> Im Geltungsbereich des ALR sind der Benefizialerbe und der Nachlaßpfleger berechtigt, nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer zu beantragen.
>
> Sie können, wenn der Antrag zugelassen ist, für die Dauer des Verfahrens die einstweilige Einstellung zur Zwangsvollstreckung wegen der durch das Aufgebotsverfahren betroffenen Ansprüche, sowie die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrag erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangen.
>
> Die Vollziehung eines Arrestbefehls steht im Sinne dieser Vorschrift der Zwangsvollstreckung gleich.

Vergleicht man die Absätze 2 und 3 mit den vorher zit.

---

[1]) Dernburg, Pr. Pr. R., Bd. III, § 225.

[2]) Eck, Vorträge Bd. III, S. 26.

Vorschriften der früheren Rechte, so ergibt sich gegenüber dem modernen Recht zunächst ein gemeinsames: Auch hier waren die Bestimmungen des älteren Rechts für den Gläubiger ungleich nachteiliger als die heutigen. Auf Verlangen des Erben wurden sämtliche Vollstreckungsmaßregeln aufgehoben! Sodann aber ein wesentlicher Unterschied: dieser § 1 ebenso wie das ganze Gesetz regelte das Verfahren im Stadium der Zwangsvollstreckung, enthielt also rein prozessuale Vorschriften. Mithin trug auch das weitgehende Recht des Erben nach § 1 Abs. 2, 3 lediglich prozeßrechtlichen Charakter.

II. Die Materialien zum BGB.

1. Der Teilentwurf des Redaktors und der Entwurf 1. Lesung.

Auf dieses preußische Prozeßgesetz ging auch der Entw. I BGB unter ausdrücklicher Bezugnahme zurück.

Schon der Teilentwurf des Redaktors (Dr. v. Schmitt) gab in seinem § 372 u. a. den § 1 II des zit. preuß. Ges. fast wörtlich wieder.

§ 372 der Vorlage[1]) lautete:

> Das Aufgebotsverfahren steht der Erhebung neuer Klagen oder der Fortsetzung anhängiger Prozesse nicht entgegen.
>
> Der Antragsteller kann, wenn der Antrag zugelassen ist, für die Dauer des Verfahrens die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wegen der durch das Aufgebot betroffenen Ansprüche, sowie die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangen. Die vorstehende Bestimmung bezieht sich auf die in § 352, III bezeichneten Fälle.
>
> Das Recht der Gläubiger auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird durch das Aufgebotsverfahren, den Fall des § 380, II ausgenommen, nicht berührt.

[1]) Entw. eines Rechts der Erbfolge nebst Begr. (Vorl. d. Redaktors), Berlin 1879.

Bei der Beratung[1]) wurde dann beschlossen, den Abs. I „als selbstverständlich und entbehrlich" zu streichen, während Abs. II S. 2 als erledigt galt. Im übrigen wurde der hier in Betracht kommende Abs. II — in nicht erheblich veränderter Form — gebilligt[2]), sodaß der dem § 372, II der Vorlage entsprechende § 2130, I Entw. I nunmehr lautete:

> Ist der Aufgebotsantrag zugelassen, so kann der Erbe in Ansehung einer durch das Aufgebot betroffenen Forderung, sowie in Ansehung der Befriedigung eines Nachlaßgläubigers aus einem erst nach Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erlangten Pfandrechte die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung für die Dauer des Aufgebotsverfahrens und die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung verlangen.

Der Erbe konnte also auch noch nach Entw. I sogar die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung verlangen[3]); dagegen war der Abs. III des § 1 des preußischen Gesetzes zu Gunsten der Gläubiger nicht mehr aufgenommen worden[4]).

---

[1]) cf. Prot. 1. Les. des Entw eines bürg. Gesetzb. (S. 11018—11020).

[2]) Nach längerer Debatte darüber, ob ein Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO, also mit Ausschlußurteil, zugelassen werden solle, oder ob das öffentliche Aufgebot ohne Feststellung des Ausschlusses in dem Aufgebotsverfahren dem Erben nur das Recht verschaffen solle, gegenüber den einzelnen nicht angemeldeten Gläubigern in dem Rechtsstreit mit ihnen die durch das Aufgebot und ihre Nichtanmeldung eingetretenen rechtlichen Folgen geltend zu machen. Die Kommission entschied sich (entsprechend dem preuß. Ges. v. 1879) für das erstere mit der charakteristischen Begründung, daß, unerachtet der sonach strengeren Behandlung der Gläubiger, für die Sicherheit des Erben in genügender Weise gesorgt werden müsse. (cf. Prot. 1, Les. S. 11011—11013).

[3]) Die gegenteilige Behaupt. Winterfelds (aaO. S. 3) ist unverständlich.

[4]) Maßgebend hierfür war die Erwägung, daß durch den Ausschluß der Arrestvollziehung im Falle des Aufgebots der Nachlaßgläubiger diesen das einzige oder doch hauptsächlich wirksame Mittel entzogen würde, sich gegen eine arglistige oder fahrlässige Gebahrung des Erben mit dem Nachlasse vor der Konkurseröffnung zu schützen. (Prot. 1. Les. S. 11212/3; Mot. V, 653).

Hatte es sich im § 2130 darum gehandelt, dem Erben nach zugelassenem Aufgebotsantrage ein Schutzmittel gegen die Fortführung der Zwangsvollstreckung zu geben, so befasste sich § 2143 des Entw. I mit der Einstellung der Zwangsvollstreckung in dem Falle, daß das Inventarium noch nicht errichtet war[1]). Es war wohl eine Neuformung, die der Regelung des Inventarrechts in §§ 2092 ff des Entwurfs entsprach, doch keine Neuschöpfung; § 2143 trägt die Kennzeichen der Verwandtschaft mit den entsprechenden (wenn auch materiellen) Vorschriften des früheren Rechts an der Stirn. Er lautete:

> Ist das Inventar noch nicht errichtet, so kann der Erbe verlangen, daß die Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit solange eingestellt werde, bis das Inventar errichtet oder das Inventarrecht erloschen ist.
>
> Auf Grund des 1. Absatzes darf die Zwangsvollstreckung nicht über 3 Monate seit der Annahme der Erbschaft oder seit der Bestellung eines Nachlaßpflegers eingestellt werden.
>
> Die Vorschriften des 1. und 2. Absatzes finden keine Anwendung in Ansehung einer Zwangsvollstreckung, deren Einstellung im Falle des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger nicht verlangt werden kann.

Der maßgebende Gesichtspunkt sowohl für § 2130 als § 2143[2]) war „die Zwangsvollstreckung nur in dem Maße zu beschränken, daß einer späteren konkursmäßigen Verteilung des Nachlasses nicht vorgegriffen würde".

[1]) Mot. V, 672.

[2]) Zur Begründung des § 2143 hieß es schon in den Prot. 1. Les. (S. 11119/20), der Erbe müsse Zeit haben, Einsicht in den Stand des Nachlasses zu gewinnen und über die von ihm zu ergreifenden Maßregeln ein Urteil sich zu bilden; die Überlegungsfrist genüge hierzu nicht immer, besonders in den Fällen, wo der Gläubiger bereits gegen den Erblasser einen Vollstreckungstitel erlangt habe oder wo ein schnelles Verfahren gegen den Erben Platz greife (Wechselprozeß!). Eine zeitliche Begrenzung sei allerdings geboten — cf. Abs. II (ursprünglich war die Frist auf 6 Monate bemessen). Ebenso Mot. V, 672/73.

Auch ohne diesen ausdrücklichen Hinweis hätte es nicht zweifelhaft sein können, daß diese nur die Zwangsvollstreckung betreffenden Vorschriften dem Erben ein rein prozessuales Widerspruchsrecht zugestanden. Dies ist auch unbestritten geblieben[1]).

Der Entwurf I fand bekanntlich eine überwiegend ablehnende, zum Teil sehr schroffe Kritik. Die beiden zit. Paragraphen scheinen davon verschont geblieben zu sein. Wenigstens findet sich in der „Zusammenstellung gutachtlicher Äusserungen" (S. 206/07) nur ein einziger Abänderungsvorschlag Otto Fischers[2]): Dieser verwies die Paragraphen als „lediglich prozessuale Konsequenzen privatrechtlicher Vorschriften" in die ZPO.

2. Der Entwurf II. Lesung.

a) Subkommission.

Trotzdem also gerade gegen die §§ 2130, 2143 des Entw. I kein Widerspruch laut geworden war, hat die Kommission zur Beratung des Entwurfs II. Lesung auch hier — nach einem Wort Cosacks — „das mühselige Werk der ersten Kommission aufs schärfste desavouiert"[3]).

Zunächst war es die zur Vorberatung des Inventarrechts eingesetzte Subkommission[4]), die sich auf einen dem Entwurf I gerade entgegengesetzten Standpunkt stellte.

---

[1]) Im Zusammenhang hiermit sei auch noch der dem heutigen § 1958 entsprechende § 2057 Entw. I erwähnt:

> Vor der Annahme der Erbschaft ist der Erbe nicht verpflichtet, einen zwischen dem Erblasser und einem Dritten anhängig gewordenen Rechtsstreit fortzusetzen, oder auf einen Rechtsstreit sich einzulassen, welcher gegen den Erben als solchen erhoben wird . . . . . "

Die Motive bemerken hierzu (V, 539): „Die Vorschrift stimmt überein mit der des ALR § 386, I, 9, welches jedoch nur von Forderungen spricht. Die Worte „ist der Erbe nicht verpflichtet" bringen zum Ausdruck, daß es sich um eine prozessuale Einrede handelt".

[2]) Recht und Rechtsschutz, H. 6 der Beitr. S. 61. (cf. oben S. 8).

[3]) Bürgerliches Recht, I, S. 19 c.

[4]) Prot. V, 128; VIII, 731, II; 740 ff.

Die aus ihren Beratungen hervorgegangene Vorlage enthielt zwar einen § 2130 (die Benennung schloß sich zur Erleichterung der Verhandlungen an den Entwurf I an), der unter anderen auch die §§ 2130, 2143 des Entw. I in sich vereinigte. Aber in sehr veränderter Gestalt. Er lautete [1]):

> Der Erbe ist berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zum Ablauf der ersten 3 Monate nach der Annahme der Erbschaft, jedoch nicht über die Errichtung des Inventars hinaus, zu verweigern (Das gleiche Recht steht einem Nachlaßpfleger zu).
>
> Hat der Erbe den Antrag auf Erlassung des Aufgebots der Nachlaßgläubiger innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft gestellt und ist der Antrag zugelassen, so ist der Erbe berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern ..... (im übrigen genau wie Abs. 2 und 3 des § 2015 BGB).
>
> Auch nach dem Ablaufe der in den Abs. 1, 2 bestimmten Fristen kommt der Erbe durch Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug, wenn er die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß binnen 2 Wochen nach dem Zeitpunkt, in welchem die Erfüllung erfolgen sollte, beantragt und der Konkurs eröffnet wird.
>
> Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit das Recht des Gläubigers nach § 2125 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird.

Schon Winterfeld [2]) weist darauf hin, daß wir hier die aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 BGB bereits in der gleichen Fassung finden wie heute. Der charakteristische Abs. 3 bringt deutlich zum Ausdruck, was in der Erläuterung des Standpunktes der Vorlage gegenüber dem Entw. I noch näher ausgeführt wird [3]): „Das Recht des Erben charakterisiert sich nach dem Entwurf in den Fällen des § 2130 wie des § 2143 als eine gegen die Zwangsvollstreckung

[1]) Prot. V, 744.
[2]) aaO. S. 4/5.
[3]) Prot. V, 785.

vorgeschützte prozessuale Einrede. Die Vorlage findet in dem dem Erben gewährten Schutze eine materielle Einrede ..... Die materiell-rechtliche Wirkung der Einrede liegt insbesondere darin, daß der Erbe durch die Weigerung nicht in Verzug kommt".

Die so geplante materielle Neuregelung der Frage machte zugleich entsprechende prozessuale Änderungen notwendig. Die Subkommission brachte denn auch in ihrer Vorlage folgende Vorschläge zur Änderung, bezw. Ergänzung der ZPO [1]):

§ 276 a: In dem über eine Nachlaßverbindlichkeit zwischen dem Nachlaßgläubiger und dem Erben anhängigen Rechtsstreite kann der Erbe, wenn er die Einrede der Beschränkung seiner Haftung nur dem Grunde nach geltend gemacht hat, verlangen, daß ihm die weitere Geltendmachung im Urteile vorbehalten wird (cfr. heut § 780 ZPO [2]).

§ 696: Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, der als Erbe unter dem Vorbehalte des Rechtes verurteilt ist, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, oder gegen den als Erben des verurteilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Schuldner Einwendungen erhoben werden. Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689. (cf. heut § 781 ZPO).

§ 694a: Ist der Schuldner als Erbe unter dem Vorbehalte des Rechtes verurteilt, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, oder findet die Zwangsvollstreckung gegen ihn als Erben des verur-

---

[1]) Prot. V, 748/49.

[2]) Dafür sollte § 695 ZPO gestrichen werden, der lautete:

Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Rechtswohltat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urteile vorbehalten ist.

teilten Schuldners statt, so kann er verlangen, daß die Zwangsvollstreckung auf die Dauer von 2 Wochen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die für Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Wird vor dem Ablaufe der 2 wöchigen Frist die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß beantragt, so ist auf Antrag des Schuldners die Beschränkung der Zwangsvollstreckung aufrecht zu erhalten, bis über die Eröffnung des Konkurses rechtskräftig entschieden ist.

In den Fällen des § 2130 Abs. 1, 2 BGB steht dem Schuldner das gleiche Recht für die Dauer der dort bestimmten Fristen zu.

Die Beschränkung der Zwangsvollstreckung kann nicht verlangt werden, wenn das Recht des Gläubigers nach § 2125 BGB durch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht betroffen wird.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 686, 688, 689 (cf. heut § 782 ZPO).

(Der dem heutigen § 783 ZPO entsprechende § 694b interessiert hier nicht).

Von Bedeutung sind für uns besonders die §§ 276a und 694a.

§ 276a, 1 sollte zum Ausdruck bringen, daß der Erbe der Einrede aus § 2130 Abs. 1 und 2 ungeachtet sofort verurteilt werden könne, daß ihm aber die Einrede im Urteil vorzubehalten sei[1]). Aus der Fassung des Paragraphen ist dies nicht recht ersichtlich. Indessen wird der aus dem unklaren Wortlaut sich ergebende Zweifel darüber, „ob und in welchem Maße die Geltendmachung der genannten Einreden auf den Inhalt des gegen den Erben ergehenden Urteils von Einfluß sein sollte“[2]), beseitigt durch den ausdrücklichen Hinweis in der Begründung. Dort hieß es (im Anschluß an die ob. S. 50/51 zit. Worte)[3]): „Dagegen hemmt

[1]) Prot. V, 789 G. unt.; Strohal bei Planck V, S. 204a; Winterfeld, aaO., S. 7.

[2]) Strohal, aaO.

[3]) Prot. V, S. 785.

die Einrede prozeßrechtlich weder die Belangung noch die Verurteilung des Erben, auch nicht die Einleitung der Zwangsvollstreckung. Der Erbe kann nur, wenn für eine der Vorschrift des § 2130 unterliegende Forderung Maßregeln der Zwangsvollstreckung erfolgen oder erfolgt sind, die Beschränkung derselben auf dasjenige Maß verlangen, welches zur Vollziehung eines Arrestes zulässig ist (§ 694a, Abs. 2 ZPO)".

Also schon nach der Vorlage sollte die ausgesprochen materiell-rechtliche Befugnis weder die Verurteilung noch den Beginn der Zwangsvollstreckung hindern!

Von besonderem Interesse ist hier für uns noch das zum ersten Mal auftauchende „nur". Allerdings steht es nur in der Begründung, noch nicht in dem Gesetzestext; aber es ist mehr als wahrscheinlich, daß dieses im heutigen § 782 ZPO so umstrittene Wort von hier seinen Weg genommen hat. Seine Bedeutung an der zitierten Stelle unterliegt keinem Zweifel: es bedeutet hier keine Einschränkung der materiellen Befugnis des Erben, sondern bezieht sich lediglich auf den unmittelbar vorhergehenden Satz, in dem von den prozeßrechtlichen Wirkungen die Rede ist.

Blicken wir auf den ganzen Komplex von neugeschaffenen materiell- und prozeßrechtlichen Vorschriften zurück, so ergibt sich, daß die Subkommission dem Erben einen doppelten Schutz gewähren wollte: einmal durch das den heutigen §§ 2014, 2015 entsprechende materielle Leistungsverweigerungsrecht des § 2130 Abs. 1 und 2, dessen Hauptwirkung gemäß Abs. 3 in dem Ausschluß des Verzuges bestand; sodann durch das prozessuale Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung nach § 694a.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Winterfeld[1]). Er weist im übrigen treffend darauf hin, daß dem Erben noch eine dritte Befugnis zustand, die nach Absicht der Subkommission den Verzug ausschließen sollte: Der Absatz 3 des § 2130 schützte auch nach Ablauf der Fristen des Abs. 1 und 2 den Erben gegen die Folgen des Verzuges,

---

[1]) aaO. S. 7, 8.

falls er binnen zwei Wochen die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß beantragte, und der Konkurs eröffnet würde, „d. h. die eingetretenen Verzugsfolgen werden mit rückwirkender Kraft wieder aufgehoben, wenn 14 Tage nach dem Eintritt derselben die Konkurseröffnung beantragt und zugelassen ist". Aus dieser verzughemmenden oder vielmehr sogar — aufhebenden Wirkung kann man wohl schließen, daß es sich auch hier um ein materielles Leistungsverweigerungsrecht handelte, dem, wie wiederum Winterfeld schon feststellt, eine prozeßrechtliche ebenfalls von jeder Frist unabhängige Einrede gemäß § 694a entsprach. —

Die Subkommission hatte ihre Aufgabe gelöst: allerdings in einem von der Grundlage, dem Entwurf I, gänzlich abweichenden Sinne. Hatte sie auch vielleicht — sogar wahrscheinlich — den Gedanken, dem Erben ein materielles Leistungsverweigerungsrecht zu geben, den früheren Rechten entlehnt, so war diese Regelung doch eine durchaus neue, selbständige Schöpfung. Schon oben ist erwähnt worden (S. 49), daß sich auch unter den amtlich gesammelten gutachtlichen Äusserungen nur ein einziger Abänderungsvorschlag mit den §§ 2130, 2143 des Entw. I befasst hatte, und Winterfeld hat sich vergebens bemüht, „aus der reichlichen Literatur, die das Erbrecht des I. Entwurfs hervorgerufen hat, einen direkten Vorschlag herauszufinden, auf den sich die erwähnten Bestimmungen zurückführen ließen"[1]).

So kann man sein Wort von dem „ureigensten Werk der Subkommission" — wenn es auch nicht vollkommen zutrifft — doch als charakteristische Bezeichnung gelten lassen.

b) Hauptkommission.

Der bisherige Gang der Vorgeschichte des BGB ist bis zu diesem Punkte, dem Abschluß der von der Subkommission hergestellten Vorlage, von keiner Seite bestritten. Jetzt aber, wo es sich darum handelt, festzustellen, welche Aufnahme die Vorschläge der Subkommission in der eigentlichen, der

[1]) aaO. S. 8. Anm.

Hauptkommission fanden, setzt der Streit der beiden Meinungen ein. Leider versagen nämlich gerade hier die Protokolle. Ihre (trotz des ansehnlichen Umfangs vielfach gedrängte) Darstellung [1]) gibt kein lückenloses Bild. Nicht nur der in seiner Knappheit oft schwer verständliche Wortlaut lässt viel zu wünschen übrig; besonders empfindlich berührt der Mangel an klarer Darstellung da, wo es auf Feststellung der zeitlichen Aufeinanderfolge der Beratungen und Beschlüsse ankommt. So ist es denn nur natürlich, daß die Vertreter der neueren Meinung, besonders Eccius, Herzfelder und Strohal, durch geschickte Auslegung und Ergänzung die zweifelhaften Stellen in einer Beleuchtung erscheinen lassen, die zur Stützung der neueren Meinung historisch nicht unwesentlich beiträgt. M. E. kann aber nur die — von den genannten stark abweichende — Darstellung von Winterfeld Anspruch darauf erheben, ohne künstliche und einseitige Interpretation die Verhandlungen so wiederzugeben, wie sie aller Wahrscheinlichkeit nach geführt worden sind. —

Der Hauptkommission lagen eingangs der Beratungen neben dem Entwurf der Subkommission 10 Gegenanträge vor [2]). Sehr wesentlich ist, daß keiner von diesen die Absätze 1 und 2 des § 2130 (also die heutigen §§ 2014 und 2015) sachlich bestandete! [3])

Dagegen fiel der Absatz 3 des § 2130 fort; der dahin gehende Antrag 1 wurde nach längerer Debatte von der Mehrheit angenommen, da ihr Abs. 3 nicht nur überflüssig, sondern auch unzweckmäßig erschien [4]). Im Zusammenhang hiermit wurde gemäß Antrag 3 § 694a Abs. 1 [5]) entsprechend umgestaltet [6]):

> Der Erbe des Schuldners und der Testamentsvollstrecker können in den Fällen des § 2130 Abs. 1, 2 BGB

---

[1]) Prot. V, Nr. 393 XVIII, S. 784–92.
[2]) Prot. V, 785 B.
[3]) S. 787 C.
[4]) E. 787–789.
[5]) Oben S. 51.
[6]) Pr. S. 786.

verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind.

§ 694a sollte hierdurch in seiner Beziehung auf § 2130 „erweitert" werden. Mit Recht betont Winterfeld[1]), daß es sich nur um eine Erweiterung, nicht um eine sachliche Änderung handelte. In der Tat hatte ja § 694a der Vorlage bereits in seinem Abs. 2 dem Erben ein prozessuales Widerspruchsrecht während der Fristen der aufschiebenden Einreden eingeräumt.

Die Anträge 2, 4, 5 und 8 interessieren an dieser Stelle nicht.

Dagegen Antrag 6. Als § 276b sollte bestimmt werden:[2])

Ist der Erbe nach § 2130 BGB berechtigt, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit einstweilen zu verweigern, so kann er nur verlangen, daß die Einrede ihm im Urteil vorbehalten wird. Auf Grund des Vorbehalts ist er zu dem Antrag auf Beschränkung der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe des § 694a berechtigt.

Der Vorbehalt ist nicht erforderlich, wenn dem Erben die Einrede der Beschränkung seiner Haftung vorbehalten ist oder wenn es nach § 276a Abs. 2, 3 dieses Vorbehalts nicht bedarf.

Im Zusammenhang damit wurde neuntens u. a. beantragt[3]), im Gegensatz zur Vorlage „den § 276a Abs. 1 ZPO zu streichen und den § 695 ZPO wieder herzustellen"[4]).

Dieser letztere Antrag wurde zunächst angenommen mit der Begründung[5]), „daß es an einem genügenden Grunde fehle, von den Bestimmungen der ZPO abzuweichen. Das Resultat, welches sich nach den Bestimmungen der ZPO

---

[1]) aaO. S. 9.
[2]) Prot. V, S. 786.
[3]) Prot. V, S. 787.
[4]) cfr. oben S. 51.
[5]) Prot. V, S. 790, Nr. 1.

ergebe, weiche in einem wesentlichen Punkte von dem Resultate der Vorlage nicht ab". Trotzdem wurde der Antrag 6 auf Einfügung des § 276b, der „nur redaktionell" von dem abgelehnten § 276a der Vorlage abwich und „keine sachliche Änderung" bezweckte, aufrecht erhalten, allerdings „nur inhaltlich, nicht bezüglich der Stellung" [1]). Folgerichtig wurde auch er abgelehnt (Doch ist er später wieder hergestellt worden). Beachtenswert ist übrigens, daß sich hier das „nur" zum ersten Mal im Gesetzestext findet [2]); allerdings in etwas anderem Zusammenhang.

Nächst Antrag 6 wurde Antrag 7 beraten, der die von der Subkommission vorgeschlagene Neufassung des § 696 ZPO kürzen wollte; die Hauptkommission billigte zwar die Vorlage, überwies aber den Antrag 7 jedenfalls der Redaktionskommission, deren Tätigkeit — parallel neben der der Hauptkommission laufend — in der endgiltigen Feststellung der Fassung bestand.

Hierbei kam es nun zur Besprechung unserer Streitfrage, und gerade hier gibt die gedrängte und unklare Darstellung der Protokolle mannigfachen Vermutungen Spielraum.

Es wurde nämlich von einer Minderheit behauptet [3]): „es fehle an einem inneren Grunde, den Erben durch die Vorschützung der Einrede nicht in Verzug geraten zu lassen". Der Sinn dieses stark verklausulierten Satzes ist offenbar der: Man wollte unter Rückkehr zum Entwurf I dem Erben lediglich ein prozessuales Widerspruchsrecht geben und ihn demgemäß vor den Verzugsfolgen nicht schützen. Leider sind uns die Gründe, die die Minderheit zu ihrer Stellungnahme bestimmten, nicht übermittelt.

Dagegen heißt es von der Mehrheit: „Sie ließ sich hauptsächlich durch die Erwägung leiten, daß es sich in den Fällen des § 2130 Abs. 1, 2 nicht nur um eine prozessuale, sondern zugleich um eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Anspruch und die Zwangsvollstreckung handele. Die Vermeidung des Verzuges finde ihre Recht-

[1]) Prot. V, S. 790, Nr. 2.
[2]) Winterfeld, aaO., S. 10.
[3]) Prot. V, S. 790, 791.

fertigung darin, daß es nicht nur für den Erben eine unbillige Härte wäre, ihn durch Vorschützung der Einrede den Verzugsfolgen zu unterwerfen, sondern daß es auch im Interesse der Gläubiger gelegen sei, daß der Erbe von der Einrede des § 2130 Gebrauch mache, damit nicht die Gläubiger, deren Forderungen fällig sind, besser gestellt würden, als die anderen".

Herzfelder[1]) nennt den ersten dieser zwei Gründe kurz „unverständlich", den zweiten „unstichhaltig". Zugegeben, daß die Fassung des ersten nicht sehr glücklich ist — der Sinn kann nicht zweifelhaft sein. Man braucht in dem Satz: Den Erben ... durch Vorschützung ..... nur zu lesen: trotz ..... so ergibt sich ein nicht nur verständlicher, sondern auch kaum bestreitbarer Grund. Der Erbe soll zunächst begünstigt werden; den ihm zu diesem Zweck gegebenen Einreden nimmt man aber wieder ihre stärkste Wirkung, wenn man den Eintritt des Verzuges nicht ausschließt.

Die Stichhaltigkeit des zweiten Grundes läßt sich freilich bestreiten, wenn man, wie Herzfelder, zur Wahrung der par condicio der Nachlaßgläubiger den Ausschluß des Verzugs nicht für erforderlich hält. Aber darauf kommt es hier schließlich gar nicht an. Denn selbst wenn Herzfelder beizupflichten wäre, wenn also die Mehrheit sich durch unverständliche oder unstichhaltige Gründe hätte leiten lassen — sie hat sich doch erklärtermassen auf den Standpunkt der Subkommission gestellt! Hierin kann auch nicht folgender scheinbar in Widerspruch stehender Passus irre machen[2]): „Der Redaktionskommission wurde anheimgestellt zu prüfen, ob der Satz, daß der Erbe in den in den Abs. 1, 2 des § 2130 bezeichneten Fällen die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit zu verweigern berechtigt ist, in der Weise zu fassen sei, daß der Erbe unter den bezeichneten Voraussetzungen durch die Nichterfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit nicht in Verzug kommt". Eccius[3])

[1]) Komm. S. 252.
[2]) Prot. V, S. 790.
[3]) Gruch. 44, 899, 900.

und Herzfelder[1]) legen diese Stelle nun so aus: Die Kommission sei doch noch umgefallen oder wenigstens soweit schwankend geworden, daß sie die endgiltige Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur der Einreden und ihren Wirkungen der Redaktionskommission überlassen hätte.

Eine nicht fernliegende und doch sicher fehlgehende Vermutung.

Schon Winterfeld[2]) weist darauf hin, daß dies nicht nur eine Kompetenzerweiterung der Redaktionskommission bedingt hätte, sondern daß auch eine solche Stellungnahme der Kommissionsmehrheit, nachdem sie ihre Meinung unzweideutig ausgesprochen, schwer verständlich sei. Immerhin wäre ja beides denkbar, wenn auch wenig wahrscheinlich. Wenn aber nach Eccius aus der umstrittenen Stelle erhellt, „daß die Fassung im Sinne der Kommission diesen Inhalt (Ausschluß des Verzuges) nicht oder wenigstens nicht mit Deutlichkeit hatte", sodaß „die Kommission für erwägenswert hielt, ob nicht diesem Ausdruck gegenüber der Ausschluß der Folgen des Verzuges durch eine Fassungsänderung in das Gesetz erst noch hineinzutragen sei" — so gibt er damit ungewollt nur den Fingerzeig für eine viel näher liegende Deutung. Sicherlich hatte über eine Frage von so grundlegender Bedeutung wie die nach der Rechtsnatur der aufschiebenden Einreden infolge des Widerspruchs der Minderheit eine eingehende Debatte stattgefunden[3]); diese hatte aber an der Auffassung der Mehrheit nichts geändert. Es war jetzt nur zu bedenken, ob nicht gegenüber der abweichenden Ansicht der Minderheit der ausdrückliche Ausschluß des Verzugs in das Gesetz selbst aufgegenommen werden sollte, — um eben jeder irrigen Auslegung vorzubeugen und den Standpunkt der Mehrheit, damit auch den Sinn der geplanten Gesetzesbestimmung zu zweifelsfreiem Ausdruck zu bringen. Da diese Frage lediglich

---

[1]) Komm. S. 252.
[2]) aaO. S. 11, 12.
[3]) Über den Anstoß hierzu s. unten S. 60f.

redaktioneller Natur war, wurde ihre endgiltige Beantwortung der Redaktionskommission überlassen [1] [2]).

Dies Ergebnis wird nur bestätigt, wenn man das Schicksal des letzten der 10 Gegenanträge zu ermitteln sucht. Es war hier beantragt worden[3]) „den § 2130 zu streichen und die Vorschriften des Entwurfs in die ZPO zu verweisen". Dieser Gedanke rührte zweifellos von einem jener Minderheit angehörigen Mitgliede her, das dem Erben nur ein prozessuales Widerspruchsrecht zubilligen wollte und nun konsequenterweise die Einreden in die ZPO verwies[4]). Daß dieser Antrag angenommen worden, erscheint nach dem bisherigen Gange der Verhandlungen ausgeschlossen; es findet sich auch nirgends eine derartige Bemerkung. Allerdings wird auch seine Ablehnung nicht erwähnt, vielmehr heißt es[5]) — im Anfang der Beratungen! — „im übrigen wurde die Vorlage gebilligt und vorbehalten, nach der Beendigung der zivilprozessualen Bestimmungen auf die Frage der rechtlichen Natur der Einreden der Abs. 1, 2 und die Stellung derselben zurückzukommen". (Antrag 10.)

Von diesem Vorbehalt hat aber die Kommission nach Strohals[6]) Meinung keinen Gebrauch gemacht.

Das ist nun ein offenbarer Irrtum. Schon Winterfeld[7]) macht darauf aufmerksam, daß der Antrag 10 höchst wahrscheinlich vor allen anderen beraten und abgelehnt worden ist, da ja andernfalls sich die Besprechung dieser erübrigt hätte. (Diese Annahme wird, abgesehen von der inneren Wahrscheinlichkeit, auch äusserlich bestätigt durch die Stellung des eben zit. Vorbehalts an den Anfang der Beratungen.) Hierbei ist zweifelsohne schon die Frage nach

[1]) Diese Überweisung geschah zugleich mit dem Antrag 7, der ebenfalls nur eine eventuelle redaktionelle Änderung im Auge hatte! cf. Prot. V, S. 790 unten.

[2]) So auch Winterfeld.

[3]) Prot. V, S. 787.

[4]) Vgl. Fischers Vorschlag zum I. Entwurf, oben S. 49.

[5]) Prot. V, S. 787 C.

[6]) bei Planck Bd. V, S. 242 a. E.

[7]) aaO. S. 12, Anm. 1.

der rechtlichen Natur der Einreden erörtert worden; wenn man nun auch den Antrag 10 als grundsätzlich unannehmbar kurzer Hand ablehnte — es standen noch neun andere zur Beratung — so wollte man doch nicht über die wichtige, durch die Stellungnahme eben einer Minderheit hervorgerufene Streitfrage zur Tagesordnung übergehen. So erklärt sich die Aufname des Vorbehalts; und daß von ihm später bei Beratung des siebenten Antrags „ausgiebig Gebrauch gemacht“ [1]) wurde, ergibt sich nach der obigen Darstellung. Das Resultat war die endgiltige Niederlage der Minorität. —

Somit kann ich als Ergebnis der Kommissionsberatungen übereinstimmend mit Winterfeld nur annehmen, daß innerhalb der Kommission wohl eine Minderheit vertreten war, die im Gegensatz zur Vorlage der Subkommission der Einrede des § 2130 Abs. 1, 2 lediglich prozessuale Bedeutung beimessen wollte; daß aber die ausschlaggebende Mehrheit den Standpunkt der Subkommission gebilligt und festgehalten hat.

c) Redaktionskommission.

Es bleibt nun noch zu untersuchen, wie die Redaktionskommission sich zu der Frage gestellt hat.

Diese gewöhnlich aus 3 Mitgliedern bestehende (nur ausnahmsweise auf fünf verstärkte) Kommission[2]) hatte, wie schon erwähnt, die Aufgabe, in wöchentlichen den Beratungen der Hauptkommission parallel laufenden Sitzungen die endgiltige Fassung der geplanten Gesetzesbestimmungen festzustellen[3]). So war ihr auch (nach der umstrittenen Stelle Prot. V, S. 790 unt.) anheimgestellt, die Fassung der aufschiebenden Einreden einer nochmaligen Prüfung und evtl. Änderung zu unterziehen.

---

[1]) Winterfeld, S. 12.

[2]) Planck I, S. 14, 15.

[3]) Nach Beendigung der Beratung eines jeden Buchs wurde vor der Veröffentlichung die Fassung der Redaktionskommission noch der Genehmigung durch die Hauptkommission unterworfen. Dies wird hier noch eine Rolle spielen (vgl. unten S. 64).

Dieser Anregung hat sie keine Folge gegeben. M. E. beweist dies keineswegs, daß sie den Standpunkt der Minorität geteilt hätte; viel näher liegt die gegenteilige Schlußfolgerung, daß sie die von der Minorität vorgebrachten Bedenken für zu geringfügig hielt, als daß es ihnen gegenüber einer ausdrücklichen Betonung des Standpunktes der Mehrheit im Gesetz bedurft hätte — m. a. W. daß die evtl. in Aussicht genommene redaktionelle Änderung deswegen unterblieb, weil man „die Ausschliessung des Verzuges als eine selbstverständliche Folge aus dem Wesen der aufschiebenden Einrede und den Grundsätzen über den Verzug ansah“ [1]).

Die Redaktionskommission beantragte aber — natürlich nachdem sie sich mit der Materie beschäftigt hatte, also in einer späteren Sitzung der Hauptkommission —, den § 694a ZPO, dessen ursprüngliche von der Subkommission vorgeschlagene Gestalt durch Annahme des Antrags 3 wesentlich geändert worden war [2]), folgendermassen zu fassen [3]):

> Auf Grund des Rechtes, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit auf Grund des § 2130 BGB einstweilen zu verweigern, kann der Erbe (und der Testamentsvollstrecker) nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt wird, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind ..... (Satz 2 entspricht dem Satz 2 des heutigen § 782, Satz 3 dem § 785 ZPO).

Also wiederum lediglich eine „redaktionelle“ Änderung (zum Überfluß ist dies in den Protokollen an dieser Stelle ausdrücklich vermerkt!). Der Antrag wurde auch angenommen.

Eccius [4]) aber, in der Meinung, dieser Paragraph sei von der Redaktionskommission neu geschaffen worden, zieht hieraus, im Zusammenhang damit, daß der obigen

[1]) So Planck V, S. 204a; vgl. auch Winterfeld, S. 12 ff.
[2]) s. ob. S. 55/56.
[3]) Prot. V, S. 791 J. b.
[4]) Gruchot Bd. 44, S. 899, 900.

Anregung keine Folge gegeben wurde, den Schluß, daß die Redaktionskommission in unserer Streitfrage den Standpunkt der Hauptkommission nicht geteilt, und daß auch diese durch Annahme des § 694a ihre Stellungnahme im Sinne der Minderheit geändert habe. Diese Schlußfolgerung entfällt natürlich, da die tatsächliche Voraussetzung irrig ist; die von Eccius selbst zit. Protokolle V, 785 ff widerlegen ihn. Das hat sogar Herzfelder[1]) zugeben müssen.

Das einzig Auffällige an der redaktionellen Änderung ist das Vorkommen des „nur", das erst durch die Redaktionskommission in die Fassung des § 694a hineingebracht wurde. Indessen kann, wie schon Winterfeld bemerkt, auch hierin kein Abweichen von der Auffassung der Subkommission gefunden werden; es ergibt sich ja dies aus der ganzen Entwicklung, man vgl. besonders die oben gebrachte Begründung der Subkommission[2]).

Daß es sich überdies notorisch um eine „redaktionelle" Änderung handelte, ist wiederholt hervorgehoben worden.

Aber Eccius begeht in dem Bemühen, die Ergebnisse der Kommissionsberatungen für seine Auffassung zu verwerten, einen weiteren Irrtum, dem auch Herzfelder unterlegen ist[3]). Beide behaupten nämlich, der heutige § 305 ZPO, der sich in den Prot. VI, 661 als § 293e findet, sei trotz der Ablehnung durch die Hauptkommission von der Redaktionskommission eigenmächtig wiederhergestellt worden — woraus sich denn deutlich der abweichende Standpunkt der Redaktionskommission ergebe.

Nun ist allerdings nach Ablehnung des unklar gefaßten § 276a der Vorlage folgerichtig auch Antrag 6, der einen inhaltlich gleichbedeutenden § 276b vorschlug, abgelehnt worden. (Dies waren die Vorläufer des heutigen § 305)[4]). Der ihnen zugrunde liegende Gedanke taucht nun plötzlich in einem § 293e auf, nur kürzer und präziser gefaßt als vorher. Es ist zunächst nicht recht klar, woher dieser

---

[1]) Komm. S. 252.
[2]) ob. S. 53.
[3]) Gruchot Bd. 44, 900. Komm. S. 252.
[4]) s. ob. S. 57.

Paragraph kommt. Indessen ergibt sich bei näherer Prüfung, daß auch hier die Winterfeld'sche Untersuchung die Vermutungen von Herzfelder und Eccius klar widerlegt hat.

Winterfeld[1]) weist nach, daß die gegnerische Ansicht hier einem doppelten Irrtum verfällt: Erstens handle es sich nicht mehr um die frühere Tätigkeit der Redaktionskommission, vielmehr um die grosse Schlußrevision, ausserdem sei aber jener Paragraph vorher aus Zweckmässigkeitsgründen wieder hergestellt worden. Beides trifft zu.

Die erste Annahme rechtfertigt sich schon durch die äussere Tatsache, daß wir jetzt den sechsten Band der Protokolle vor uns liegen haben, in dem von der Revision des zweiten Entwurfs des BGB die Rede ist. Jeden Zweifel aber beheben die Eingangsworte von No. 450 auf S. 650: „In der heutigen Sitzung befaßte sich die Kommission zunächst mit der von der Redaktionskommission auf Grund der bisherigen Beschlüsse ausgearbeiteten, die Zusammenstellung der Bestimmungen des Entwurfs des E. G. enthaltenden Vorlage". In diesem Zusammenhang findet sich § 293e.

Ausserdem aber heißt es im Eingang von No. XIV[2]): „Nach früheren Beschlüssen ist in Aussicht genommen, folgende Vorschriften in die ZPO einzustellen" ..... Somit erscheint Winterfelds Folgerung nur gerechtfertigt, daß die Hauptkommission die Aufnahme eines solchen Paragraphen, der die Verurteilung des Erben trotz der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden zuließ, doch noch für zweckmässiger hielt, und — ohne sich damit in einen inneren Widerspruch zu ihrer früheren Auffassung zu setzen, (§ 276 a war nicht aus sachlichen Gründen abgelehnt worden!) — dies in einem Beschluß der Redaktionskommission freistellte. In der Tat enthalten die Protokolle selbst[3]) in einer Anm. 3 zu § 293 den Hinweis darauf, daß im Entwurf II (der Redaktionskommission) in einer Anmerkung zu § 1891 der § 293e Abs. 1 sich bereits als § 293b, 1 findet.

[1]) aaO. S. 14.
[2]) Prot. VI, S. 660/61.
[3]) VI, S. 661.

Demnach müssen alle Versuche, in unserer Streitfrage einen Gegensatz zwischen der Auffassung der einzelnen Kommissionen zu konstruieren, als gescheitert betrachtet werden.

Hieran ändert auch nichts der Hinweis der Gegner auf Prot. VI, S. 383. Dort heißt es nämlich in No. 5: „Im § 197 Abs. 2 sind den dilatorischen Einreden, welche nach Entwurf II, § 168 Abs. 2 die Verjährung nicht hemmen, die nach den §§ 1991, 1992 (Redaktionsvorl.) dem Erben zustehenden Einreden hinzugefügt. Die Geltendmachung dieser Einreden hat nur zur Folge, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Erben unzulässig ist, während die Klageerhebung nicht gehindert wird". Nach Eccius und Herzfelder[1]) ergibt sich hieraus, daß die Redaktionskommission im Gegensatz zur Hauptkommission den echten dilatorischen (verzughemmenden) Charakter dieser Einreden bezweifelte und sie deswegen den Einreden hinzufügte, welche die Verjährung nicht hemmen. Welch fehlgehende Folgerung sich hieraus mit Notwendigkeit für das heutige Recht ergäbe, ist schon dargelegt worden[2]). Aber auch die Fassung jenes Beschlusses in den Protokollen rechtfertigt keineswegs die Annahme der Gegner. Denn der Wortlaut, der wiederum jenes „nur" enthält, entspricht ja genau der Begründung, die die Subkommission ihrer Vorlage mitgab[3]), ist mithin nicht geeignet, eine abweichende Auffassung der Redaktionskommission zu begründen.

Vielmehr ist jener Beschluß der Redaktionskommission, worauf Winterfeld treffend aufmerksam macht[4]), durchaus conform der stets zutage getretenen Auffassung der Kommission: daß alle diejenigen Einreden, welche der Verklagung des Schuldners nicht entgegenständen, auch die Verjährung nicht hemmen sollten.

Erwägt man schließlich, daß die Redaktionskommission es war, die unseren §§ 2014 ff. die Überschrift

---

[1]) Gr. 44, 899. Komm. S. 252.

[2]) s. ob. S. 9 ff.

[3]) s. ob. S. 53.

[4]) aaO. S. 15. Hinweis auf Prot. I. 217; VI, 141.

„aufschiebende Einreden" gab, so kann man nur mit der scharfsinnigen Deduktion Winterfelds hierin eine indirekte Antwort auf jene bekannte Anregung der Hauptkommission sehen[1]): „Hätte sie (die Redaktionskommission) jenen Satz in den Paragraphen aufgenommen, so hätte die Theorie hieraus sofort für die Einreden festgestellt, daß sie aufschiebende seien: die Redaktionskommission schlug den umgekehrten Weg ein, daß sie die Einreden als aufschiebende bezeichnete und es der Theorie überließ, hieraus die für den Verzug unvermeidliche Schlußfolgerung zu ziehen; ein Weg, der auch vom gesetztechnischen Standpunkt aus wohl der einfachere und der richtigere war". —

3. Denkschrift.

Die Gestaltung unserer Materie hatte mit diesen Kommissionsberatungen ihren Abschluß gefunden. Der Bundesrat änderte nichts, ebensowenig der Reichstag. Hervorzuheben sind die Worte der zur kurzen Begründung des BGB an den Reichstag gegangenen Denkschrift[2]):

> Das Recht, die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit gemäß §§ 1989, 1990 (Vorl.) zu verweigern, sichert den Erben während der betreffenden Fristen gegen die Folgen des Verzuges, sowie gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung ..... Die näheren Vorschriften wegen der Frage der Zwangsvollstreckung wird die ZPO sowie ..... die KO zu treffen haben. Es wird sich hierbei insbesondere darum handeln, die widerstreitenden Interessen der Erben, der Nachlaßgläubiger und der sonstigen Gläubiger des Erben ..... auszugleichen.

In unveränderter Form sind also die hier in Betracht kommenden zivil- und prozeßrechtlichen Vorschriften Gesetz geworden. —

---

[1]) aaO. S. 13.
[2]) Vahl. Ausg. S. 397.

4. Ergebnis.

Die Entstehungsgeschichte des BGB lehrt somit folgendes.

Nachdem Entwurf I davon ausgegangen war, dem Erben lediglich ein prozessuales Widerspruchsrecht gegen die Zwangsvollstreckung zu geben, schuf die Subkommission unter gänzlicher Neugestaltung der ganzen Materie eine Anzahl materiell- und prozeßrechtlicher Normen, die dem Erben ausser dem prozessualen Recht auch ein in seinen Wirkungen verzughemmendes materielles Leistungsverweigerungsrecht zugestanden. Unerachtet des Widerspruchs einer Minderheit billigte die Hauptkommission die Vorlage der Subkommission. Auch die Redaktionskommission änderte nichts an dem positiven Ergebnisse. Die dem Reichstag zugegangene Denkschrift endlich behebt jeden Zweifel darüber, welcher Rechtscharakter und welche Rechtswirkungen nach der historischen Entwicklung den aufschiebenden Einreden der §§ 2014, 2015 zukommen sollten.

Die historische Entwicklung bestätigt also vollauf — soweit es einer solchen Bestätigung überhaupt bedarf — das aus der Gesetzesauslegung gewonnene Ergebnis. Über diese „Konstruktion der Gesetzesredaktoren" hinauszugehen, wie Eccius wünscht[1]), besteht keine Verpflichtung. Man kann vielleicht zweifeln ob die gegenwärtige Gestaltung der ganzen Materie zweckmässig sei, insbesondere ob die Interessen der sich gegenüber stehenden Beteiligten so billig ausgeglichen seien wie die Denkschrift behauptet. Aber unter der Herrschaft des geltenden Rechts wird hoffentlich Wissenschaft und Praxis an der ursprünglichen Auffassung festhalten oder aber zu ihr zurückkehren:

daß die aufschiebenden Einreden des Erben als echte materielle Leistungsverweigerungsrechte den Verzug der Erben hindern.

---

[1]) Gr. 51, 214.

Lebenslauf.

Am 11. August 1888 wurde ich, Kurt Muskat, Sohn des jetzigen Amtsgerichtsrats Dr. Muskat und seiner Ehefrau Agnes geb. Cohn, in Namslau Schl. geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und jüdischen Glaubens.

Meine Gymnasialbildung erhielt ich, nach dreijährigem Besuch der Dr. Brandstätter'schen Vorbereitungsschule in Gottesberg, auf dem Gymnasium zu Waldenburg Schl., dem jetzigen Wohnsitz meiner Eltern. Ostern 1906 bestand ich die Reifeprüfung.

Hierauf studierte ich sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar in München und Berlin (je 1 Semester), nochmals in München (2 Semester), zuletzt in Breslau (3 Semester).

Am 13. Dezember 1909 bestand ich am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 22. Februar 1910 das examen rigorosum. Als Referendar wurde ich zunächst dem Amtsgericht Bolkenhain Schl. überwiesen; diesem gehöre ich noch an.

Seit 1. Oktober 1910 genüge ich meiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger im 4. Niederschles. Infanterie-Regiment Nr. 51.